

تحول النصرة القانوني

دراسة مقارنة للمادة ١٤٤ من القانون المدني المصري

على أساس المادة ١٤٠ من القانون المدني الألماني

وملحق

من تحول القرار الإداري

• النسخة يصنع رجل القانون
[ف. ك. تون سايبا]

تأليف

أحمد يسري

دكتور في القانون من جامعة هيدلبرج — ألمانيا

١٩٥٨

مطبعة الشريعة الإسلامية

٣ شارع محمود المقاول - عابدين

الإهداء

إلى أبي ...

حين تخرج الأصل الألماني في ديسمبر سنة ١٩٥٥ وأهديته إلى « والدي » :
مبا وإيمولا وإقرارا بالفضل ، لم أكن أصعب أنه الترجمة العربية سوف
تخرج ، وقد افتارك الله إلى فضل ، فأبلك في الظل الكريم أقدمها
من حب والي .

بنك

رسالة دكتوراة

قدمت إلى كلية الحقوق بجامعة روبرتو كارولا بهيدلبرج بألمانيا

نوقشت في يوم الأربعاء ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٥

وقررت اللجنة منح المؤلف درجة دكتور في القانون بدرجة « جيد جداً » .

الأستاذ المشرف على الرسالة : الأستاذ إدورد فال Prof. Dr. Eduard Wahl

أستاذ القانون المدني والمرافعات والدولى الخاص والمقارن بجامعة هيدلبرج .

هيئة التحكيم :

الأستاذ الدكتور فلهم جالاس Prof. Dr. Wilhelm Gallas

عميد كلية الحقوق وأستاذ القانون الجنائي بها .

الأستاذ الدكتور إدورد فال Prof. Dr. Eduard Wahl

عميد كلية الحقوق سابقاً وأستاذ القانون المدني

والمرافعات والدولى الخاص والمقارن .

الأستاذ الدكتور فردرش فيبر Prof. Dr. Friedrich Weber

عميد كلية الحقوق سابقاً وأستاذ القانون المدني

والمرافعات والإفلاس والعمل .

الأستاذ الدكتور هانز شنييدر Prof. Dr. Hans Schneider

أستاذ القانون العام والقانون الدولى العام .

تقرير

عن رسالة السيد أحمد يسرى : المندوب بمجلس الدولة من القاهرة
عن « تحول التصرف القانونى »

اتخذ المؤلف ، القانون المدنى المصرى الجديد الصادر سنة ١٩٤٨ ، والذى قن فى المادة ١٤٤ منه (قارن ص ٥٦^(١) من الرسالة) نظرية التحول ، متبعا فى ذلك القانون المدنى الألمانى ، فرصة لدراسة وعرض هذه النظرية البالغة الصعوبة ، والى يعتبر تحديدها مشكلة معقدة ، فى ضوء تطور القانون الألمانى قبل وبعد سنة ١٩٠٠ . وتحقيقا لهذا الغرض ، فقد حضر إلى هيدلبرج منذ خمسة فصول دراسية ، ودرس اللغة الألمانية دراسة عميقة أساسية . وقام خلال مدة إقامته فى ألمانيا بإعداد هذه الرسالة . وقد كانت مدة إقامته مقررًا لها فى بادىء الأمر ثلاث سنوات ، إلا أنها قصرت بحيث أن التعجل فى إنجاز الرسالة ترك آثارا ضئيلة فيما يتعلق باللغة .

وهذا لا يعترض أن الرسالة عمل علمى ذو مستوى عال جدير بلفت النظر إليه . فالمؤلف لم يقتصر فقط على دراسة الفقه الألمانى فى عهد الشريعة المشتركة *das gemeine Recht* دراسة عميقة وفهمه فهما حقيقيا ، بل لأنه استوعب القضاء الألمانى فى كل جزئياته ، وكان له دائما موقفه الخاص إزاء هذه الحلول . ويكشف بناء الرسالة عن قدرة المؤلف على دراسة وعرض مادة عميقة متشعبة صعبة ، أما القدرة العالية والسيطرة على الفقه التى صارح بها المؤلف فى المشاكل ، فتترك بصغة خاصة ، أثرا كبيرا .

ويقدم المؤلف حتى ص ٥٦ عرضا تاريخيا لتطور مشكلة التحول ، مبتدأ من فقه الشريعة المشتركة ، فيكشف تمكنه منه وإحاطته به ولما سبقه من أصول رومانية استقاها من المصادر الرومانية ، ثم يعرض الأعمال المهمة للتقنين المدنى الألمانى والتقنينات التى سبقته ومهدت إليه ، حتى ينتهى بأحدث التقنينات المعاصرة ، وهى المجرى والإيطالى والمصرى التى أخذت بالتحول ، ثم السويسرى والبرازيل التى لم تضع للتحول نظرية عامة ، كما أوضح أعمال لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى التى رفضت الأخذ بنظرية التحول . وما يستحق التقدير ، ما بينه

المؤلف ، معتمدا على مؤلف إيطالي ، عن مشارطات التحول clauses de conversion في القانون الكنسي وقضائه في العصور الوسطى (ص ٣٠) .
والمؤلف يعرض البحث ميينا المشاكل والحلول في فقه التقنين المدني الألماني ، وقضاء المحكمة العليا للدولة الألمانية ، ولكن دون أن ينضغ بأى حال للكراء والنظريات التي تحتويها ويفقد فيها ذاتيته .

ويعالج المؤلف في فصل خاص ، مشكلة تحول التصرفات الموقوفة والقابلة للإبطال ، وهو في رأي ، يذهب إلى هنا إلى حد بعيد ، حين ينضم — ولكن بقيود محدودة — إلى جرادتقز Gradenwitz في إجازة تحول العقد القابل للإبطال بسبب الغلط لأنه ذكر فيه شيرى Sherry بدلا من پورتو Portwein إلى عقد ينصب على نبيذ البورتو . أفلا يجب أن يقصر التحول على تلك الحالات التي يمنع فيها النظام القانوني نفسه ، تحقيق إرادة المتعاقدين . بينما المانع في هذا المثل هو إرادة المتعاقدين ١ . والمؤلف واضح في ذلك ، ويؤكد دون تردد أن الإرادة الفرعية للمتعاقدين ، يجب أن تكون قد انجبت إلى صحة التصرف الجديد ، بينما تقوم حجج جرادتقز Gradenwitz على أساس التصحيح اللاحق لمضمون العقد ، طبقا للثقة والاعتقاد أولا لا على التحقق من إرادة كان يفترض وجودها عند انعقاد العقد .

أما الجزء الخاص ببحث المشاكل الفنية فهو عمل على ناضج .
والمؤلف موهوب في تحديد وتحقيق المشاكل القانونية . وقد فهم كيف يضطلع بحل المشاكل القانونية التي أثارها هو نفسه .
لهذا وبالنظر إلى الكفاءة غير العادية ، التي أدت بالمؤلف إلى سيطرة كاملة على تعبيراتنا البالغة الصعوبة في مادة التصرف القانوني ، وإلى الفهم القانوني العظيم الذي يكشف عنه العمل في كل صغيرة وكبيرة ، فإن الرسالة تستحق درجة « مع أعظم الثناء magna cum laude . جيد جدا » .

هيدلبرج في ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ .

إدورد قال Eduard Wahl

أستاذ القانون المدني والمرافعات والدولى الخاص والمقارن

صورة طبق الأصل في ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ .

سكرتارية كلية الحقوق بجامعة هيدلبرج

I. Baum باوم

(٧)

"PECTUS FACIT IURISCONSULTUM"

Fr. C. V. Savigny

«الضمير يصنع رجل القانون»

ف. هـ . ك . فون سالفين

« وجبر المجلدات الضخام في فلسفة أرسطو وعبقريته ، دون أن يفهم
حرفاً واحداً مما كتبه أرسطو ، لسبب بسيط وهو أنه لم يكن يعرف لغته »
روجر بيكون عن توماس أكويناس

تصدير الترجمة

تتناول هذه الرسالة مشكلة تحول التصرف القانوني ، وهو نظام استحدثته في مصر مجموعة القانون المدني الجديد الصادر سنة ١٩٤٨ في المادة ١٤٤ منه أخذاً عن المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني الصادر سنة ١٨٩٦ ، التي كانت أول تشريع قن التحول وخصه بنص خاص . ولما كانت هذه المشكلة جديدة في مصر فلا نجد فيها فقها كافياً إذ ظهر أول بحث بشأنها في سنة ١٩٣٢ في مقال عن آثار البطلان للدكتور حلمي بهجت بدوي ، ثم عالجها الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مبسوط العقد وموجز الالتزامات . ثم خصها بنص تشريعي حين قام بوضع مجموعة القانون المدني المصري ثم شرحها في الوسيط . أما القضاء المصري في هذا الصدد فنادر .

وواضح أن كل ما كتب في هذا الشأن استقى من مؤلف سالي Saleilles عن إعلان الإرادة في مجموعة القانون المدني الألماني ورسالة Perrin عن التحول بطريق الإنقاص والكتب الفرنسية القليلة التي تعرضت لهذا البحث بطريقة موجزة غير كافية ، يكشف عن ذلك موقف لجنة وضع مشروع القانون المدني الفرنسي الجديد حين بينت أن التحول في نظرها ليس إلا تصحيحاً للتسمية الغلط التصرف ، وكشفت بذلك عن عدم إدراكها لهذه المشكلة .

لكل هذا كان من الضروري لفهم المادة ١٤٤ من المجموعة المدنية المصرية ، الرجوع مباشرة إلى مصدرها في المادة ١٤٠ من المجموعة المدنية الألمانية ودراسة هذه المشكلة في القانون الألماني دراسة تاريخية نقدية مقارنة . وقبل أن نعرض لهذا المنهج في البحث نبين من الآن أن الدراسة تتناول تحول التصرف القانوني لا تحول العقد ، ونصدر في ذلك عن أن مصدر الحق سواء كان عينياً أم شخصياً ، إما التصرف القانوني وإما الواقعة القانونية ، فالعقد ليس إلا صورة

من صور التصرف القانوني فهذا هو الأصل والذي يجب أن يكون أساس البحث .
ولا نود أن نطيل في ذلك الآن لأن مشكلة التركيب الفني للقانون المدني من المشاكل
التي لم يفصل فيها بعد ، إلا أن اتخاذ التصرف القانوني نقطة البداية يكشف
عن اتجاهنا إزاء هذه المشكلة .

أما منهج البحث الذي اتخذناه بصدد بحث هذه المشكلة فهو المنهج التاريخي
النقدي المقارن على ما بينا .

أما الدراسة التاريخية فتقتضي بتبعية النظام في جذوره المختلفة حتى الوصول
إلى مصادره الأولى وكيف ظهر فيها فكرة أولية ساذجة لم تقرر عن نظام على
وإنما صدرت عن إحساس قانوني سليم . ثم تتبع تطور الفكرة في العصور
المختلفة والقوالب التي تشكلت فيها ، حتى وصلت إلى الصورة النهائية التي استقرت
فيها حتى خرجت إلى الوجود تقنيناً تشريعياً لأول مرة في سنة ١٨٩٦ . ثم تتبع
انتقالها إلى مجموعات القانون المدني الأخرى وهي المجرى والإيطالي والمصري فبين
الصور التي تشكلت فيها في هذه النظم القانونية .

أما الدراسة النقدية فتقوم على بحث الأسس الفقهية التي يقوم عليها التحول
ثم تقدير المصالح الاقتصادية والاجتماعية المتباينة ؛ وهي المصالح التي لم يرق القانون
إلا لتنظيمها ورفع المعارض بينها ، وتنسيق نشاطها واتجاهاتها . ثم تقتضي هذه
الدراسة بالتنسيق بين هذه المشكلة وغيرها من مشاكل القانون بحيث يستقر
التناسق بين مشاكل القانون المختلفة ويخرج منها نظام على سليم . وهذا هو الأساس
الوحيد الذي يمكن أن يقوم عليه علم القانون باعتباره علماً وليس مجرد مجموعة
من النصوص والمبادئ وصحت إلى جوار بعضها في ترتيب ظاهري ساذج دون
أن تنظمها وحدة علمية منطقية .

ثم إن هذه الدراسة يجب أن تكون دراسة حية لأن القانون علم ينظم العلاقات
الإنسانية في سكنتها وحركتها . فهو علم يدرس الحركة والتطور ويجب أن تقوم
دراسة على الحركة والتطور ، أي أن تكون دراسة ديناميكية لا استاتيكية . وحياة القانون
إنما تنبثق من القضاء الذي يفسره ويطبقه ويكمله ويكشف مشاكله وقائمه ،

خاصة إذ كان قضاء متطورا ، يقوم على أساس متين من فقه منطقي عميق متطور ، مثل القضاء الألماني ، الذي نصح دائما في أن يتدع نظرياته الخاصة ويفرضها على الفقه نفسه . لهذا كان من الواجب ، عند عرض كل مشكلة ومحاولة العثور على حل مناسب لها أو اختيار هذا الحل من بين حلول متباينة ، كان من الواجب دائما الرجوع إلى هذا القضاء لتحديد موقفه من المشكلة ثم تحديد موقفنا منه .

فإذا ما اتينا من فحص هذه المشكلة في القانون الألماني ، وجبت المقارنة بين هذا التنظيم الألماني والتنظيمات الأخرى في قوانين البلاد الأخرى ، سواء تلك التي خصته بنص تشريعي كالبحري والإيطالي والمصري ، أو تلك التي لم تخصه بنص مثل الفرنسي والسويسري والهولندي والبرازيلي . وذلك حتى يكون حل المشكلة واضحا على قدر الإمكان . فنهج المقارنة هو الذي يوضح المشاكل ويمهد سبيل حلها .

هذا المنهج التاريخي النقدي المقارن هو الذي قامت عليه هذه الرسالة . وحاولت بمقتضاه أن تعالج مشكلة التحول في القانون الألماني وهي مشكلة يحس الفقهاء الألمان أنفسهم بدقتها وتعقدها ، إذ كيف ينقلب التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح رغم أنه من المسلم به أن البطلان يقضى على التصرف كلية ، فالفلسفة نفسها تسل بأن العدم لا يمكن أن يخرج منه وجود فكيف يتحول هذا العدم القانوني إلى وجود قانوني ؟ هذا هو ما سنحاول أن نبينه ، مع التنبيه إلى أن دراسة المادة ١٤٠ من القانون الألماني هي دراسة في نفس الوقت للمادة ١٤٤ من مجموعة القانون المدني المصري .

وقد خرجت هذه الرسالة إلى الوجود باللغة الألمانية في ديسمبر سنة ١٩٥٥ أمام جامعة هيدلبرج ، وكان من الواجب بعد ذلك أن أترجم إلى اللغة العربية ، حتى توضح تلك المشكلة في القانون المصري ، وقد حاولت إلى أقصى حد أن أقيد الترجمة بالأصل الألماني بحيث تكون صورة مطابقة له دون أدنى انحراف . ولم أتردد في كثير من الأحيان من أن أضحي بروق العبارة في سبيل إبراز المشكلة القانونية ، فقدمت الروح على الشكل وهو نفس الأصل الذي يقوم عليه التحول نفسه . كما اضطررت إلى أن أضيف في الهامش إيضاحات لم يكن يمكن إيرادها

في الأصل الألماني لبدايتها في نظر القارئ الألماني ، ولكن كان يتعين إيضاحها في الترجمة العربية إيضاحاً كافياً . أما كل ما أقوله بصدد مشاق الترجمة فهو أني آمنت بصحة قول المفكر العالمي ألبرت شويتزر A. Schweitzer الحاصل على جائزة نوبل للسلام عن سنة ١٩٥٤ ، حين قال في مقدمة الترجمة الألمانية التي قام بها هو نفسه لكتابه عن الموسيقار الكبير يوهانس سيباستيان باخ Johannes Sebastian Bach الذي كتبه بالفرنسية في بادىء الأمر : « لا يسر على أن أؤلف كتابي من جديد من أن أترجمه من لغة إلى أخرى ، وأقول فعلاً أنه كان يسر على أن أكتب هذه الرسالة من جديد باللغة العربية ، من أن أقوم بترجمتها عن اللغة الألمانية .

أما هذه الرسالة فتدين بخروجها إلى الوجود إلى أستاذي الكبيرين الدكتورين عبد الرزاق السنهوري وشفيق شحاته . ولولا فضلوا لوالدي وقد أهديت إليهما الأصل الألماني ، لم يكن أحق من أستاذي بأهداء هذه الرسالة

كما تدين كذلك لأستاذي الكبير إدوارد فال Eduard Wal الذي أولاني عنايته منذ استقر في الأمر في ألمانيا . ووجد دائماً رغم ضخامة الأعباء التي يحملها من عمله الجامعي وعضويته في البرلمان الاتحادي ، متسعاً من الوقت للاهتمام بكل ما يعرض لي .

هذا وقد سبق أن قلت في الاحتفال الذي أقامته كلية الحقوق بجامعة القاهرة في أول يناير سنة ١٩٥١ بمناسبة العيد الفضي للجامعة وكان لي شرف إلقاء كلمة الخريجين ، أن جميع تشريعاتنا الأساسية قد تمصرت ، وتمثيت أن يأتي العيد الذهبي فتحتي لا يتمصير القوانين فقط ، ولكن بمذاهب الفقه المصري الذي نضج وأصبحت له نظرياته الخاصة ومطابعه المنفردوا اكتسب ذاتيتهم واكتملت شخصيته . ووقف على قدم راسخة في معترك القانون المقارن . فلتكن هذه الرسالة بمجهوداً ضئيلاً في سبيل هذه الغاية عن طريق الفقه المقارن .

أحمد بسري

تمهيد في تاريخ القانون الألماني

لم يكن وضع مجموعة القانون المدني الألماني في سنة ١٨٩٦ عملاً قائماً بذاته منفصلاً عما سبقه ، وإنما كان نتيجة تطور بعيد العهد يرتد في أعماقه إلى التاريخ البعيد جداً . ولكن لكي يتسنى لنا فهم التطور التاريخي للقانون الألماني ، يتعين علينا أن نبدأ بإلقاء نظرة سريعة على النظام السياسي الألماني ، إذ أن ذلك عامل بالغ الأهمية في فهم هذا التطور القانوني .

فقد كانت الشعوب التيوتونية في المهود القديمة ، قبائل متفرقة تسكن شمال أوروبا ووسطها ، ثم بدأت في الفترات المعروفة في التاريخ بعهود تنقل الشعوب *die Völkerwanderung* تكتسح المناطق المجاورة لها . ثم سيطرت الدولة الرومانية على أجزاء من البلاد التي تسكنها هذه الشعوب ووصلت إلى جنوب ألمانيا الحالية ، في جنوب الدانوب وغرب الرين وتوغلت بعض الشيء في أراضي قبائل الفرنك *die Franken* ثم اكتسحت بعض هذه القبائل روما نفسها فقصت على الدولة الرومانية الغربية في سنة ٤٧٦ م بقيادة أدركر *Odaker* وهكذا سيطر النظام الإنطاقي على أوروبا . ونلاحظ أن الرومان سموا هذه القبائل في مجموعها بالشعوب الجرمانية وذلك نسبة إلى شعب منها هو شعب الألمان *die Allemen* أو الشوابين *die Schwaben* الذي كان أول من اتصل بهم الرومان من هذه الشعوب في فتوحهم الأولى . وكان يوجد إلى جانب هؤلاء الألمان قبائل الفرنك وقبائل بافاريا *die Bayern* ثم قبائل السكسون *die Sachsen* وقبائل الفالين *die Falen* وغيرها . ولهذا يطلق على ألمانيا في اللغة الألمانية لا بلاد الألمان وإنما بلاد التيوتون *Deutschland* وكذلك تسمى اللغة الألمانية باللغة التيوتونية *Deutsche Sprache* (١) .

(١) وكانت تكتب حتى القرن التاسع عشر *Teutschland* . والواقع أن الحاجة إلى هذا الاسم لم تنشأ إلا بعد سقوط الدولة الرومانية المقدسة في سنة ١٨٠٦ ، فرجع إلى هذا الاسم المشتق من أصل الجنس دلالة على كافة الدول الألمانية .

وكانت كل من هذه القبائل تتولى حكم نفسها ويخضع أفرادها حتى البعيدين. منهم من إقليما لسلطانها ، وهذا مبدأ شخصية القوانين . ثم اشتدت قوة قبائل الفرنك حتى أصبح لها شيء من السيادة على القبائل الأخرى حتى أسس كارل مارتل ' Karl Martell (١) (الذى هزم العرب في معركة تور - پواتييه . Tours - Poitier في سنة ٧٣٢ م) الأسرة الكارولية die Karolingen . وقد حصل ابنه پيپين Pepin على لقب ملك من البابا بعد أن اعترف الأشراف له به ، وذلك مقابل اعترافه بحق البابا على جزء من وسط إيطاليا وهو المنطقة الواقعة بين روما ونابلي (رومانا) ووعدته بمساعدة البابا في الاستيلاء عليها وكانت تابعة للدولة البيزنطية ، تحت حكم المبارديين (وهم في الأصل من القبائل التيوتونية) ، وكانت هذه أول مرة يتمسك فيها البابا بحق إقامة حكومة زمنية في إقليم من الأقاليم . وأهم أفراد هذه الأسرة هو كارل الأكبر Karl der Grosse ابن پيپين المعروف في اللغة اللاتينية Carolus Magnus (شلمان) الذى بسط سلطانه على جميع أجزاء أوروبا التي لم يستول عليها العرب أو البيزنطيون . وقد اشدت أمره حتى توج في عيد الميلاد من سنة ٨٠٠ امبراطورا في روما على يد البابا ليو الثالث Leo III . وكان ذلك خطوة من البابا الذى كان واقفا في مشاكل تهم شخصه ورئاسته للكنيسة ورغبته في التخلص من سيادة الدولة الرومانية الشرقية التي كان البابا نفسه تابعا لها . وكانت المناسبة هي زيارة كارل لروما لحماية البابا من الاتهامات الموجهة ضده والمراد بها خلعه نظرا لسلوكه الشخصى وكانت موجهة إليه من المعسكر البيزنطى في رومة وكان حاكم روما لا زال يعينه إمبراطور القسطنطينية ، (وقد تم في نفس الوقت تويج ابنه كارل ملكا على الفرنك) . وبذلك نشأت الدولة الرومانية المقدسة باعتبارها خليفة للدولة

(٢) وليس لإسم Karl هذا صلة بالاسم اللاتنى Carolus وهو أصل الاسم الإنجليزي والفرنسى Charles والإيطالى Carlo وإنما هو معرف من Kerri الألمانية ومعناها الفتى ، وذلك أنه عند ميلاده وكانت أمه زوجة ثانية لأبيه پيپين Pepin لم يفكر هذا في اختيار إسم مناسب له وإنما أطلق عليه هذا الوصف فأصبح اسمها له . أما Martell فصانعا في لغة الفرنك المطرقة .

الرومانية الغربية القديمة التي قضى عليها Odaker . كما اتبع في تنويعه المراسم الرومانية التي وضعت في عهد الإمبراطورية ديوكليسيان Diokletien . وهي التزيج من السكاين الأعظم (هنا البابا) وإقرار الشعب بالهتاف ثم سجود الكهنة والشعب أمامه . ومن الأهمية بمكان الانتباه إلى فكرة خلافة الدولة الرومانية هذه ، إذ فضلا عن آثارها السياسية التي تقررت بصورة نهائية حين قضى محمد الثاني على الدولة الرومانية الشرقية في سنة ١٤٥٢ فاستتب بذلك الأمر لدولة رومانية واحدة ، فقد كان لها آثار هامة في عالم القانون ، واستمرت قائمة حتى قضى عليها نابليون إثر انتصاره على النمسا في سنة ١٨٠٦ ، فاستبقى الإمبراطور لنفسه لقب إمبراطور النمسا فقط بعد أن كان إمبراطور الدولة الرومانية المقدسة وملك النمسا . وبهذا وحده أمكن للإمبراطور أن يعترف لنابليون بلقب إمبراطور ، إذ أن وجود الدولة الرومانية المقدسة وعلى رأسها إمبراطورها ، كان يمنع وجود من يحمل هذا اللقب سواء في كل أوروبا . وهكذا ظل يحمله وحده حتى توج نابليون إمبراطورا . ولهذا كان سواء من الحكام يحملون إما لقب ملك أو دوق عظيم Grossherzog أو دوق... الخ . وقد انقسمت دولة كارل الأكبر في معاهدة فردان سنة ٨٤٣ م بين أحفاده ، حيث أصبح الجزء الواقع غرب الرين والموز من نصيب حفيده كارل الأصغر Karl der Kahle ؛ أما شرق الرين فكان من نصيب حفيده لودفيج الألماني Ludwig der Deutsche أما القسم الواقع بينهما والممتد من الأراضي المنخفضة حتى إيطاليا فكان من نصيب حفيده لوتار Lothar (١) الذي توج إمبراطورا . وبهذا التقسيم انقسمت أوروبا الخطوط الأساسية لشكلها السياسي اللاحق والذي استمر حتى الآن . فالجزء الغربي أصبح فرنسا Frankreich (٢) ، والجزء الشرقي أصبح الإمبراطورية الألمانية . وأما الأجزاء الوسطى فكانت هي مزار النزاع بينهما ، ولا زال بعضها (مثل الألزاس واللورين) يعد من أسباب النزاع حتى الآن .

(٣) ولا زالت مقاطعة اللورين Lothringen تحمل اسمه حتى الآن .

(٤) ومنها دولة الفرنك . والإسم اللاتيني هو Franca ويحمل نفس المعنى ومنه

اشتق الإسم الفرنسي الحالي .

والواقع أن هذه السلطة المركزية لم تبلغ قدراً كافياً من القوة، إذ ظل الأمراء متمتعين بكافة سلطاتهم ونفوذهم. ولكن حل مبدأ لإقليمية القوانين محل شخصيتها بالنظر إلى هذه السلطة المركزية.

وبانقراض الأسرة الكارولية في فرنسا، تولت أسرة Capet الحكم في سنة ٩٨٧ الذي استمر حتى سنة ١٨٤٨ (*) حين سقط لويس فيليب في ثورة سنة ١٨٤٨. كما أن انقراض الأسرة الكارولية في ألمانيا في سنة ١٩١٨ أدى إلى أن انتخب أمراء الألمان أميراً من بينهم هو كونراد Konrad إمبراطوراً، ومنذ ذلك العهد أصبح لهؤلاء الأمراء حق انتخاب الإمبراطور واستمر ذلك الحق قائماً إلى حين انقراض الدولة الرومانية المقدسة، وإن انحصر في يد سبعة من كبار الأمراء المسمين بالأمراء المنتخبين Die Kurfürsten وكان هذا الحق وراثياً كما أصبح عرش الإمبراطورية نفسه وراثياً منذ انحصر في أسرة هابسبرج Habsburg التي أنشأها رودلف فون هابسبرج Rudolph v. Habsburg سنة ١٢٧٣ واستمرت حاكمة حتى سقطت سنة ١٩١٨.

وبخروج فرنسا عن الإمبراطور خروجاً تاماً، وانقسام دولة لوتار بين أخويه، اقتضت الدولة الرومانية المقدسة على الشعوب الألمانية ومستعمراتها، ولذلك سميت بالدولة الرومانية المقدسة للأمة الألمانية. Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation

وقد ظل النظام الإقطاعي سائداً في الدولة الرومانية المقدسة كما ساد غيرها من الدول الأوروبية، ولكن ليس طوال القرون الوسطى فقط، بل إلى العصر الحديث كذلك. فلم تقو سلطة الإمبراطور على الإطلاق بحيث تضئف سلطة

(*) انقضى الفرع الأول من أسرة Capet في سنة ١٣٢٨ فتلاه الفرع الثاني منها وهو أسرة فالوا Valois الذي استمر قائماً حتى انقضى في سنة ١٥٨٩ بوفاة هنري الثالث دون وارث. فورثه الفرع الثالث وهو فرع بوربون إذ تولى هنري دى بوربون العرش باسم هنري الرابع، واستمر هذا الفرع قائماً إلى حين قيام الثورة الفرنسية بإلغاء الملكية ثم إعدام لويس السادس عشر سنة ١٧٩٣، ثم عاد إلى الحكم بعد سقوط نابليون سنة ١٨١٥ حين تولى لويس الثامن عشر العرش ثم سقط نهائياً بحكم شارل العاشر في ثورة سنة ١٨٣٠، فانتقل العرش إلى الفرع الأخير من الأسرة وهو فرع أورليان بتولى لويس فيليب العرش. ثم انقضى حكم الأسرة نهائياً بسقوط لويس فيليب سنة ١٨٤٨.

الأمراء وتزول أمامه ، بل حدث العكس إذ قويت سلطتهم على حساب سلطة الإمبراطور . وكانت كل من الدويلات تتمتع باستقلال كامل ، لا في السياسة الداخلية وحدها بل في السياسة الخارجية ، ومن الناحيتين الاقتصادية والعسكرية . وكان لكل منها قوانينها الخاصة فضلا عن القوانين الأخرى السائدة في كافة أنحاء الإمبراطورية . وكان يقوم إلى جانب هذه الدويلات ، المدن الحرة ، وهي لا تخضع لملك أو أمير وإنما تنولى حكم نفسها فكانت في الواقع جمهوريات تقوم صلتها بالإمبراطور مباشرة ، كما تقوم صلة الملوك بالإمبراطور مباشرة ، وهي مجرد تبعية شكلية . وقد قرر لها هذا الاستقلال تشجيعا للتجارة وأهمها في القرن التاسع عشر هسبورج وبريمن ولوبك Lübeck

وقد كان من أثر حل الإمبراطورية الرومانية المقدسة في سنة ١٨٠٦ ، أن ضعفت الرابطة التي كانت تربط الدول الألمانية بعضها ببعض وبالإمبراطور . وبعد تحرر أوروبا من سيطرة نابليون سنة ١٨١٥ لم تعد الإمبراطورية الرومانية إلى الوجود مرة أخرى ، بل استقر الاستقلال الحقيقي الكامل لكل من هذه الدويلات . فنشأ بينها اتحاد عرف بالاتحاد الألماني Deutscher Bund^(١) . وكان مجرد اتحاد بين كافة الدول والمدن الحرة الألمانية ولم تكن له أى سلطة مركزية ولا سلطة تشريعية مباشرة على أعضائه ، وإنما كان يقرر مجرد توصيات ، للأعضاء أن يأخذوها أو يرفضوها . وكان ضعيفا بسبب التنازع بين كل من النمسا وبروسيا . إذ خرجت النمسا من الحروب ضعيفة فاقدة زعامتها للإمبراطورية الرومانية المقدسة . ولم يكن الملوك والأمراء مستعدين لإعادة هذه الدولة إلى الحياة مرة أخرى ، حتى لا تكون للإمبراطور عليهم أى سلطة ولو اسمية . أما بروسيا فخرجت من الحرب قوية ، إذ ضمت إليها أكثر الأجزاء التي حررتها من سيطرة نابليون ، وكانت ترى أنها هي التي حررت ألمانيا وأوروبا من نابليون بفضل قائدها بلوشر Blücher في وارتلو . وقد أصبحت في الواقع أقوى الدول الألمانية وكانت ترى أن الزعامة من حقها . ثم بدأت حركة عامة لتحقيق الوحدة الألمانية ، تحققت الخطوة الأولى

(١) يلاحظ أن جميع هذه الاتحادات كانت قائمة على معاهدات بين دول مستقلة . وليست تنظيماً داخلياً لدولة اتحادية ، ولذلك تعرف بأنها من معاهدات القانون الدولي العام ، وليست تنظيماً اتحادياً داخلياً من نظم القانون الدستوري .

منها بالتوحيد الجركى فى سنة ١٨٣٤ ، فأصبحت ألمانيا كلها ماعدا النمسا وحدة جركية واحدة ، فألغيت كافة الجمارك فيما بينها وبين بعضها وأنشئت سلطة جركية موحدة وهذا هو المعروف بالاتحاد الجركى *das Zollverein* . وعلى أثر فشل ثورة سنة ١٨٤٨ التى قامت من الشعب لتحقيق الوحدة ، على أثر اصطدامها بالعناصر الرجعية بين الإمبراطور والملوك والأمراء ، أخفقت الآمال فى تحقيق هذه الوحدة على يد النمسا ، وأصبح من المؤكد أن دور النمسا كقوة فعالة فى الشؤون الألمانية قد زال أو كاد ، حتى زال فعلا فى سنة ١٨٦٦ على أثر هزيمة النمسا على يد بروسيا ، فأنشأت بروسيا اتحاد شمال ألمانيا *Norddeutscherbund* .

وفى سنة ١٨٧٠ تكونت الدولة الألمانية الثانية على أثر هزيمة فرنسا فى الحرب السبعينية على يد بروسيا والدول المتحدة معها ، وانتخب ملك بروسيا إمبراطورا للدولة الألمانية وذلك باتفاق ملوك وأمراء الدول الألمانية ، وبذلك زال دور النمسا نهائيا من الشؤون الألمانية . وقد تكونت على أثر ذلك حكومة اتحادية مركزية أو كما يعرف ، حكومة إمبراطورية مركزية لتنسيق شئون الدفاع والسياسة الخارجية والاقتصادية . إلا أن كلا من الدول الألمانية المختلفة ظلت قائمة محتفظة بحكومتها المستقلة وشخصيتها الدولية الخاصة ، فكان لكل منها حق التمثيل السياسى الخارجى بل إنها كانت تتبادل التمثيل السياسى فيما بينها ، على أنه يلاحظ أن رئيس الحكومة الاتحادية *der Reichskanzler* كان فى نفس الوقت رئيس وزارة بروسيا . أما السلطة التشريعية فكانت تتكون من مجلس الاتحاد *Bundesrat* ممثلا للدول والمجلس النيابى *Reichstag* ممثلا للشعب مباشرة .

وقد ظل هذا النظام الاتحادى قائما حتى بعد سقوط الإمبراطورية سنة ١٩١٨ وقيام الجمهورية على يد فردر ش إيرت *Friedrich Ebert* ، وقد ظلت كل دولة قائمة فى نفس صورتها وإن كان قد حل محل الملوك والأمراء رؤساء جمهوريات ويرأس الدولة الاتحادية رئيس جمهورية الدولة *der Reichspräsident* . وظل هذا النظام قائما حتى سنة ١٩٣٣ حين ألغى هتلر الجمهورية وأقام الدولة الثالثة *Drittes Reich* . ولم يكسف ، فى سبيل تدعيم دكتاتوريته بالقضاء على استقلال الدويلات ، بل قضى

على كيانها نهائياً وحوّلها إلى مجرد وحدات إدارية . إلا أن مثل هذا النظام لم يكن يقدر له على الإطلاق أى دوام . فبسقوط هتلر سنة ١٩٤٥ ، أعاد مجلس الحلفاء الأعلى الدول المختلفة إلى الوجود كما كانت من قبل . كما نص دستور بون Bonn سنة ١٩٤٨^(١) على هذا الشكل الاتحادي فعادت الولايات المختلفة إلى شكلها السابق^(٢) ، فشكل منها مجلس نيابي ودستور خاص وحكومة مستقلة ويربطها فيما بينها الدستور الاتحادي Grundgesetz ، وتقوم على أساسه الحكومة الاتحادية ويرأسها رئيس الجمهورية الاتحادية ، ثم الوزارة الاتحادية والمجلس النيابي Bundstag ويمثل الشعب مباشرة ثم مجلس الاتحاد Bundesrat ويمثل حكومات الدول المتحدة ويتكون من وزراء هذه الحكومات ، على أن لكل دولة عدد من الأصوات يجب أن يجرى فى اتجاه واحد ، والسلطة التشريعية الاتحادية تثبت للبرلمان الاتحادي . أما السلطة التشريعية المحلية فتثبت لبرلمان كل من هذه الدول المتحدة .

عن تاريخ القانون الألماني :

لم يعرف الشعب الألماني الوحدة القانونية قبل صدور مجموعة القانون المدني فى سنة ١٨٩٦ وكان ذلك بديهاً لأن الوحدة القانونية إنما تأتي بعد إرساء الوحدة السياسية وهو ما لم يتم قبل سنة ١٨٧٠ . وفى عهد القباطل القديمة ، كان لكل قبيلة عاداتها وتقاليدها القانونية . وقد ابتدأت هذه التقاليد منذ عهد تنقل الشعوب تتخذ صوراً محددة وكتبت بعضها وهى التى عرفت بقوانين الشعوب Volksrechte أو كما عرفت باللاتينية Leges barbarorum مثل قوانين الفرنك السالين والريواريين lex Salica ، lex Ribuarina وقانون السكسون Lex Saxonum

(١) وهو مقرر على غرب ألمانيا فقط .

(٢) وهذه الدول الحالية فى غرب ألمانيا هى : Hessen, Bayern, Baden, Württemberg, Rheinland-Pfalz , Rheinland-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Bremen, Hamburg, Berlin.

الفريزيين Frisionum وقانون الفرنك الشامافورين Francorum chamavorum... إلخ. وكانت تتميز بأنها قد تسرى على بعض أبناء القبيلة دون البعض الآخر كما في قوانين الفالين، فالشرقيون منهم Ostfalen يخضعون لقوانين غير تلك التي يخضع لها الغربيون منهم Westfalen. كما أن أفرادها يخضعون لها حتى وإن أقاموا في إقليم قبيلة أخرى وهذا هو مبدأ شخصية القوانين. ولكن باستقرار السلطة المركزية وظهور الوحدات الإقليمية وقوة ملوك الفرنك، أصبحت هذه التقاليد القبلية، تقاليدا إقليمية يخضع لها من يعيشون في ظل إقليم القبيلة، وهو مبدأ إقليمية القوانين.

ولكن رغم قيام هذه السلطة المركزية، فلم تتم الوحدة القانونية. لأن الدولة إنما تتم بالوحدة القانونية بعد استنفادها نشاطها في سائر النواحي الأخرى. ولكن حين فرغت الدولة في ذلك العهد من تلك المهام الأخرى، كان الانقسام قد زاد فساد ولم تصبح الوحدة القانونية محلا للتفكير. فلما سقطت قوانين الشعوب وتقاليدھا في القرن العاشر، لم يجد الشعب أمامه إلا العرف الخاص بكل إقليم، وكان هذا متفقا مع الاتجاه السياسي في عدم الخضوع لسلطة مركزية. حقيقة أن الإمبراطور والدولة المركزية كانت تملك إصدار القوانين، إلا أن هذه القوانين فضلا عن ندرتها، فإنها إذا ما وجدت تكون الأولية للقوانين والعادات الإقليمية الخاصة علیھا. فظل القانون الخاص في ذلك العهد قانونا قبيليا ولكن في صورة إقليمية. هذا مع استثناء اليهود الذين نظر إليهم باعتبارهم أجانبا، وبذلك ظلوا خاضعين لجدا الشخصية، أى خاضعين لقوانينهم وعاداتهم الدينية الخاصة.

ولكن منذ القرن الثاني عشر بدأت الوحدات الإقليمية، وخاصة المدن والمقاطعات الكبيرة، في تحرير قوانينها وعاداتها، وكان ذلك في أول الأمر، عملا خاصا باعتباره دراسة للقوانين السائدة. ولكنه لم يقتصر على القانون السائد في إقليم معين، بل تولى شرح النظام القانوني في مجموعه مما يعطينا صورة واضحة عن هذا النظام وخلاصته له. وأهم أمثلة هذا العمل هي مرآة سكسونيا das Sachsenspiegel الذي وضعه أليك فون ريكو Eike v. Repkow ثم المرآة الشفاية

das Schwabenspiegel . وقد سميت هذه التجميعات بالكتب القانونية Rechtsbücher . كما وجدت إلى جانب ذلك تدوينات رسمية ولكن في نطاق أضيق ، لمدن معينة مثلا أو أقاليم صغيرة فردية ، وتسمى أحوالا Statuten ، أو تنظيمات Satzungen أو عادات Willküren ولاشك أن هذه المجموعات تسودها مبادئ موحدة ، تقوم على أساس وحدة الجنس والدين والمثل الأخلاقية والاجتماعية . ولكنها لم تهتم باستقرار المعاملات وتوفير الوضوح القانوني للأفراد بقدر ما عنت كل منها ، بأن تتميز بطابع خاص وتنفرد بتنظيمات خاصة ، ناكيدا لسيادة كل إقليم ؛ حتى قامت الطبقات الاجتماعية مثلا طبقة الفرسان Rittertum والفلاحين Bauernstand ثم سكان المدن die Städter ، فأصبح لكل منها ، فضلا عن ذلك ، قانون خاص ينظمها . فوجد إلى جانب قانون الإقليم das Landrecht قانون العبيقة das Lehnrecht ، فضلا عن أن رجال الدين كانوا يخضعون للقانون الكنسي ، كما أن اليهود ظلوا خاضعين لعاداتهم . وهذا يوضح لنا أى فوضى كانت تسود النظام القانوني .

ولكن إصلاح هذا النظام من الداخل ، كان يتطلب سلطة مركزية قوية تفرضه ، وهو ما لم يتوافر . لهذا تم الإصلاح من الخارج ، وذلك بتقبل Rezeption قانون أجنبي كان هو القانون الروماني .

فقد بدأت في إيطاليا في القرن العاشر دراسة القانون ، لا على أساس القوانين اللباردية^(١) وإنما على أساس القانون الروماني وعلى وجه التحديد قانون جستنيان . وهو قانون أصلح للحياة من تلك النظم التي تحمل في ذاتها علامات ضعفها وأساس القضاء عليها . فقد نهاية القرن الحادى عشر ، كانت مدرسة بولونيا Bologna قد افتتحت هذه الدراسة الرومانية التي بدأها إرنريوس Irnerius ثم منحها الإمبراطور فردرش الأول ، إمتيازاً أصبحت بمقتضاه ، بعد أن بدأت

(١) هي من الشعوب البيوتونية التي غزت شمال إيطاليا واستقرت فيه وبجمل شمال إيطاليا اسمها حتى الآن ، والإسم أصله اللنجوبارد die Langobarden ثم حرفت إلى اللومبارديا .

بدراسة القانون الكنسى على أساس مجموعة جراتسيان Gratian وانضمت إليها بعض المدارس الأخرى ، أول جامعة في أوروبا . وهكذا أصبح القانون الكنسى الذى يفترض في أساسه تطبيق القانون الرومانى ، متدمجا مع هذا اندماجا وثيقا استمر حتى العصر الحاضر .

وقد نوح ، منذ القرن الثالث عشر ، كثير من الألمان للدراسة في بولونيا وخاصة لدراسة القانون . وقد أقر الأباطرة والملوك ذلك باعتبارهم خلفاء أباطرة الرومان وباعتبار الدولة الرومانية المقدسة خليفة الدولة الرومانية القديمة . ويبدو أثر القانون الرومانى واضحا في مرآة الثشابيين . كما بدأت في حاشية Glosse على مرآة سكسونيا محاولة للتوفيق بين القانون الألمانى من ناحية وبين القانون الرومانى Leges والقانون الكنسى Canones من ناحية أخرى . كما أنه منذ نشأت الجامعات في ألمانيا منذ منتصف القرن الرابع عشر (أولاهم براغ ثم هيدلبرج) لم يطرأ أى تغيير على رحيل الألمان إلى إيطاليا لدراسة القانون . فضلا عن أن هذه الجامعات نفسها قامت بدراسة القانون الرومانى والقانون الكنسى (١) . وكان هؤلاء الذين حصلوا على الدكتوراه في القانون Doktoris iuris مكانة رفيعة في ألمانيا حتى أنهم اعتبروا في مرتبة الأشراف ، وولت إليهم وظائف الدولة والسفارة ، واتجه الناس إليهم في المسائل الغامضة لاستطلاع آرائهم . وبهذا كانت تتاح لهم الفرصة دائماً لتطبيق القانون الرومانى الذى تعلوه وإرساء قواعده في العمل . وبهذا استقر في العمل على مر الزمن ما يسمى بالتقبل النظرى Theoretische Rezeption للقانون الرومانى . أى أنه تقبل على لأنه لم يقم على أساس نص تشريعى . وقد تم ذلك على أساس التصور السابق الإشارة إليه ، من أن الأمة الألمانية ليست إلا استمرارا للدولة الرومانية القديمة ، وأن أباطرة الألمان هم خلفاء أباطرة الرومان . وأن القوانين التى وضعها هؤلاء هي في حقيقتها قوانين إمبراطورية رعايا الدول الألمانية . وقد ساعد على ذلك ما ساد هذا العصر

(١) كانت أغلب المؤلفات القانونية في ألمانيا ، حتى أواخر القرن الثامن عشر تكتب باللغة اللاتينية . كما أن رسائل الدكتوراه في القانون ظل أغلبها حتى أواخر القرن التاسع عشر يكتب باللغة اللاتينية . وحتى الوقت الحاضر فإنه يجب قبل تقديم رسالة الدكتوراه في القانون إلى جامعة ألمانية ، تقديم بحث باللاتينية شرحا لإحدى مسائل القانون الرومانى . ويسمى Exegese.

من نزعة كلاسيكية تعود إلى آثار الأقدمين من يونان ورومان تبحثها وتعمل على تطويرها والأخذ بها ، ثم نفوذ الكنيسة الذي كان يجذب النظر إلى روما دائماً . كما أنه كان من الطبيعي نتيجة لحالة الفوضى القانونية التي سادت في ذلك العصر ، أن اتجه الشعور بضرورة الحال باحثاً عن قانون أرق من كل القوانين الضعيفة المتفرقة ، كما كان من الطبيعي أن يكون ذلك هو القانون الروماني . وبهذا تم التقبل الفعلي أو العملي Praktische Rezeption للقانون الروماني ، وأدى ذلك إلى تغير كبير في النظام القانوني الألماني . إذ لم يعد قضاء القبائل القدامى die Schöffen قادرين على تطبيق القانون ، لعدم إلمامهم به ، فابتدأ فقهاء القانون الروماني يحلون محلهم . فلما أنشئت محكمة الدولة Das Reishskammergericht في سنة ١٤٩٥ ، نص على أن يكون نصف الأعضاء على الأقل من فقهاء القانون doctoris iuris ، ثم نص في سنة ١٥٢١ على وجوب أن يكون النصف الآخر من العالمين بالقانون على قدر الإمكان . وكان واجب هذه المحكمة أن تحكم طبقاً للقوانين الامبراطورية العامة ومنها في المحل الأول القانون الروماني . وقد تبع مثل هذه المحكمة ، محاكم الملوك والأمرأه ، ثم بعض المحاكم العليا في المدن . أما المحاكم الضعيفة فلم تخضع لهذا التنظيم إلا تدريجياً وبعد تطور استمرار هذا ، إلا أن القانون الروماني تسلس إليها تدريجياً ، إذ أصبحت تعود في المسائل الخلافية أو الغامضة إلى أساندة الجامعات تستفتيهم ، وهؤلاء إنما يفتون طبقاً للقانون الروماني . وهذا النظام هو أصل النظام المعروف في الإجراءات الألمانية بنظام لإرسال الأوراق .

• Aktenversendung

وفي منتصف القرن السادس عشر كان القانون الروماني قد ساد في جميع أنحاء الدولة الألمانية ، بحيث يمكن القول أن الشعب قد وضع نفسه ، من تلقاء نفسه وبرضاه تحت وصاية طبقة رجال القانون ، الذين تكونوا تكويناً رومانياً . وهؤلاء عملوا على إقحام القانون الروماني في كافة نواحي الحياة الألمانية ، حتى تلك التي تختلف بطبيعتها اختلافاً كبيراً عن النظم الرومانية ، مما أدى في النهاية إلى عدم نجاح بعض تلك المحاولات التي غالت في التطرف . كما كان من أثر ذلك ، أن عاق نمو القانون الجرمانى وتطوره إلى حد كبير .

إلا أن تقبل القانون الروماني لم يكن مطلقاً وإنما كان مقيداً بمحدود .

١ - فالقانون الروماني الذي تقبل ، ليس هو القانون الروماني في مجموعه ، إنما هو ذلك القانون في الصورة التي عرفتها مدرسة بولونيا فقط ، أي مجموعة جستنيان فقط . إذ تطبق هذه المجموعات وحدها ، هو الذي يمكن أن يقوم بالنسبة له أنه قانون لإمبراطور روماني يسرى بالنسبة للدولة الرومانية الجديدة كذلك ، طبقا لقاعدة *translatio imperii Romani* ، أي انتقال ما كان لإباطرة الرومان إلى إمبراطور الدولة الرومانية المقدسة . فالتقبل لم يتم بأمر إمبراطوري أو عمل تشريعي ، وإنما تم خلال العرف الألماني . وهذا ظلت تلك الأجزاء من القانون الروماني التي تعارض مع الوعي القانوني الألماني ، خارجة عن الاعتبار ، فلم يقدرها أن تكتسب قوة في العمل . كذلك لم يؤخذ ، لنفس السبب ، بتلك الأجزاء من مجموعة جستنيان التي تركتها مدرسة بولونيا ولم تأخذ بها ، كما هو الحال في نطاق قانون الأسرة . ونشأت عن ذلك قاعدة أن النص الذي لم يحاش لا يعمل به *quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia nec forum* وقد أدى هذا إلى تشكل القانون الروماني بطابع خاص اكتسبه من العمل .

٢ - لم يكن القانون الروماني في ألمانيا قانونا أصليا ، وإنما قانونا احتياطيا *subsidiäres Recht* . فالقانون الروماني اتخذ صورة قانون إمبراطوري ، فكان شريعة عامة مشتركة مطبقة في كل أنحاء الدولة الألمانية . ومن هنا كانت صفته الاحتياطية طبقا لقاعدة « أن الاتفاق أو العادة الخاصة تنقض قانون المدينة ، وقانون المدينة ينقض قانون الدولة وقانون الدولة ينقض قانون الدولة العامة أو القانون الإمبراطوري » *Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichsrecht oder Kaiserliches Recht* . وبهذا كان تطبيق القانون الروماني قاصرا على تلك الأحوال التي لا يكون فيها عادة خاصة أو قانون خاص بالمدينة أو الدولة .

وقد استمر هذا القانون (الإمبراطوري) العام ، الروماني المصدر ، مطبقا في الدولة الألمانية ، يكمله العرف ويعدله فيمطيه قالبه ليوائم التفكير القانوني

الألماني وحاجات الحياة الألمانية . ذلك أن التشريعات الإمبراطورية ، وخاصة في نطاق القانون الخاص ، كانت بالغة الندرة : ومثلها قانون الموثقين الصادر سنة ١٥١٢ وهو يتعلق بشكل الوصية، وقرار شير الإمبراطوري Reichsabschied zu Speyer الصادر سنة ١٥٢٩ وهو خاص بمسألة متعلقة بقانون الإرث ، ثم قرارات للدولة متعلقة بالأمن Reichspolizeiordnungen صادرة في ١٥٢٠ و ١٥٤٨ و ١٥٧٧ وخاصة ببيع الربيع وبتقرير الفوائد ثم بحقوق اليهود ونظام الوصاية . وقد أدت هذه القوانين الإمبراطورية ، في حدودها الضيقة ، إلى تعديل القانون الروماني . ولكنها من ناحية أخرى وقفت إلى جانبه ولم تكن لها إلا صفة احتياطية مثله . فكان قانون الإمبراطورية يأتي في المحل الثاني بعد قوانين الدويلات . وقد خلف قوانين الإمبراطورية في الفترة بين ١٨١٥ و ١٨٧٠ قرارات الاتحاد الألماني ثم اتحاد شمال ألمانيا ، ثم حادت القرارات الإمبراطورية من سنة ١٨٧٠ حتى صدور القانون المدني . وحيث أن انقلاب القاعدة فرالت الصفة الاحتياطية للقوانين الإمبراطورية ، فأصبحت القاعدة أن قانون الدولة ينقض قانون الدويلات وأن هذا ينقض بدوره قانون المدن وأن هذا الأخير ينقض العادات الخاصة .

كما قام إلى جانب القانون الروماني القانون الكنسي Kanonisches Recht . وأما ما تقبل منه في ألمانيا فهو فقط المجموعة المسماة Corpus iuris canonici clausum وتتكون مما يأتي :

١ - مجموعة جرائسياني Decretum Gratiani وتسمى concordantia discordantium canonum . وهي تجميع خاص ظهر في منتصف القرن الثاني عشر وتحتوي صيغ مبادئ قانونية يشير المؤلف إلى مواضعها من الكتاب المقدس وأقوال آباء الكنيسة وقرارات المجامع الكنسية والأوامر البابوية والقانون الروماني والتقاليد الفرنكية . أما ما تقبل منها في ألمانيا فلم يكن تلك الصيغ وإنما فقط تلك الإشارات إلى المصادر ، وبنفس القوة التي تعترف بها الكنيسة فقط .

٢ - مجموعة المراسم البابوية التي جمعها البابا جريجور التاسع Gregor IX في سنة ١٢٣٤ .

٣ — مجموعة المراسيم البابوية التي جمعها بونيفاسيوس الثامن Bonifacius VIII في سنة ١٢٩٨ وتحمل اسم liber sextus وتضم بصفة أساسية مراسيم جريجور التاسع حتى بونيفاسيوس الثامن .

٤ — مجموعة كليمنس وتحمل اسمه Clementinen وهي مجموعة مراسيم جمعها البابا كليمنس الخامس Clemens V في سنة ١٣١٤ .

٥ — أما المراسيم التي لم ترد في إحدى هذه المجموعات فليست جزءاً من القانون الكنسي . وعلى عكس ذلك فإن قرارات مجمع ترينت Tridentin واسمها Tridentiner Konzil وخاصة فيما يتعلق بقانون الزواج تعتبر من المصادر وأوفى مجموعات القانون الكنسي هي تلك التي أصدرها فريديريج Friedberg في سنة ١٨٧٩ إلى سنة ١٨٨١ .

وإلى جانب هذا ، فقد ظلت القوانين الألمانية الخاصة بالعادات والعرف الألماني نافذة وتسمى Partikularrechte أى تلك القوانين المحلية في كل دولة أو إمارة أو مدينة أو إقليم ، وهي جرمانية المصدر والطابع ؛ وعن طريقها وصلت إلينا مبادئ القانون الجرمانى حتى تمكن الفقهاء الجرمانيون في القرن الثامن عشر أن يستخلصوا منها قواعد هذا القانون ومبادئه الأساسية .

وقد كان للكتابة التي كانت لمرآة السكسون قيمة كبرى في تطور هذه القوانين الخاصة die Partikularien حيث سادت في أغلب جهات شمال ألمانيا . وقد أنشئ على أساسها وعلى الحواشي التي أجريت عليها وحول فيها التوفيق بينها وبين الأفكار الرومانية ، فقه وقضاة جرمانيان خالصان ، قاما في مقابلة النزعة الرومانية وكونا ما يسمى بالقانون العام السكسونى das gemeine Sachsenrecht . ثم تدخل المشرع ليزيل آثار الخلاف بين القوانين الخاصة والقانون الرومانى العام ، ولكن بإصدار تشريعات فردية بدلا من وضع تنظيمات عامة ، وقد نص في كثير منها على أن يكمل العرف بالقانون الإمبراطورى العام . ولم تكن هذه مجرد تقنينات لما هو سائد وإنما كانت في كثير من الأحوال تتضمن إصلاحا لهذه

النظم^(١). ثم وضعت بعد ذلك قوانين لأقاليم كبيرة بأكلها أو دويلات بأكلها وأولها وأهمها قانون دولة بافاريا das bayerische Landrecht الصادر سنة ١٥١٨ ثم أعيد النظر فيه في سنة ١٦١٦ ثم في سنة ١٧٥٦ من Frherrn. v. Kreittmayer تحت اسم Codex Maximilianeus bavaricus civilis^(٢)

(١) مثلاً : إصلاح لينبرج Nürnberg Reformation : Nürnberg الصادر سنة ١٤٧٩ ثم أعيد النظر فيه في سنة ١٥٢٢ وسنة ١٥٦٤ . ثم إصلاح فورمز Statuten Wormser Reformation سنة ١٤٩٨ . ثم أحوال فريبرج في برزجاو Ulrich Zasius سنة ١٥٢٠ . وكذلك إصلاح فرنكفورت على المين Reform. Frank. a. M. الصادر سنة ١٥٧٥ وأعيد النظر فيه في سنة ١٦١١ ووضعه Richard . ثم إصلاح لينبرج Lünburger Ref. من ١٥٧٧ إلى ١٥٨٣ . ثم أحوال لوبك die Statuten v. Lübeck سنة ١٥٩٦ . ثم أحوال همبرج من ١٦٠٣ إلى ١٦٠٥ .

(٢) كذلك قانون دولة بادن das badische Landrecht وضعه Ulrich Zasius أريش تسازيوس في سنة ١٥١١ .
كذلك قانون دولة فرتمبرج das Württembergische الصادر سنة ١٥٢٥ وأعيد النظر فيه في سنة ١٥٦٧ ثم في سنة ١٦١٠ .

نظام القضاء والدولة في مقاطعة سولو Gerichts u. Landsordnung der Graff-schafft Solmo سنة ١٥٧١ . دساتير إمارة سكسونيا الصادر سنة ١٥٧٢ ثم تبعتها في سنة ١٦٦١ وسنة ١٧٤٦ عدة قرارات انتخابية .

قانون دولة فريزيا الشرقية Ostfriesische Landrecht الصادر سنة ١٥١٥ .
الدستور اليواخيمي die Konstitutio Joachimica الصادر سنة ١٥٢٧ لولاية Mark براندنبيرج .

القانون الديتباري das Dithmarische Landrecht الصادر سنة ١٥٦٧ وكان معمولاً به في بعض أجزاء هولشتاين Holstein .

قانون ماينز das Mainzer Landrecht سنة ١٧٥٦ .
قانون إمارة تيرير das Kurtrierische سنة ١٦٦٨ إلى سنة ١٧١٤ .
قانون كلتن النيوجن das Katzenelenbogener سنة ١٥٩١ .

نظام المحاكم والدولة لدولة ناساوكسن النيوجن Nassauer Katzenelenbogen الصادر سنة ١٦١٦ .

نظام القضاء الفرنكي die Frankische Landgerichtsordnung الصادر سنة ١٦٨١ لأسقفية فرتمبرج Würzburg

وقد ظلت جميع هذه القوانين نافذة في تلك الأنحاء إلى أول يناير سنة ١٩٠٠ حين أصبحت مجموعة القانون المدني نافذة .

وقد كانت هذه المصادر جميعا وهي القانون الروماني والقوانين الإمبراطورية والقانون الكنسي ثم القوانين الخاصة والعادات الخاصة ، النظام القانوني الذي ساد في ألمانيا حتى نفاذ مجموعة القانون المدني وعرف باسم الشريعة العامة المشتركة das gemeine Recht أو كما عرف في القرن التاسع عشر بقانون الباندكت das pandektenrecht نسبة إلى أهم هذه المصادر وهي القانون الروماني وإلى مجموعات جستنيان : الباندكت بوجه خاص .

كما يلاحظ أنه حتى تلك الصفة الاحتياطية للقانون العام الروماني ، قد استبعدتها في العصور الحديثة قوانين بعض الدول الألمانية ، وذلك أتزيل كل غموض أو خلاف في تطبيق القانون . وذلك بأن أخذت في تنفيذها ببعض الحلول الرومانية التي رأتها مناسبة وأن العمل يحتاج إليها . فهي قد قامت إذن بالتوفيق بين الحلول الرومانية والحلول الجرمانية المتضمنة في القوانين الخاصة . وكانت كل هذه التفقيقات ألمانية بحجة عدا واحدا منها كان أجنبية ، وساد في الشاطئ الأيسر من الرين ، وهو مجموعة نابليون .

١ — وأول من بدأ هذا الاتجاه هو فردريش الأكبر ، الذي لم يرد فقط أن يكمل الشريعة العامة وإنما أراد أن يحل تقنيننا جديدا محلها . وقد عاقه عن ذلك حزب السنوات السبع في سنة ١٧٥٥ . وبعد ذلك وضع الفقيه كارل جتليب سفاريتز Carl Gottlieb Svarez مشروعا استغرق من سنة ١٧٨٤ إلى سنة ١٧٨٨ صدر سنة ١٧٩١ وعمل به من سنة ١٧٩٤ باعتباره قانونا عموميا للدول البروسية Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten ويمتاز هذا القانون بأنه جعل للقوانين الخاصة ، فيما عدا استثناءات معينة المحل الأول عليه . فهو قد ألغى القانون الإمبراطوري (الروماني المصدر) الاحتياطي ليحل محله باعتباره قانونا احتياطيا كذلك .

٢ — كذلك أرادت منافسته الإمبراطورة ماريا تيريزيا Maria Theresia أن تضع تقنيننا في سنة ١٧٥٣ ولكن العمل تعطل في سنة ١٧٧٦ . ثم أعيد البدء

فيه في عهد ابنها الإمبراطور يوسف الثاني Joseph II ، ثم صدر بعد إعداد طويل في سنة ١٨١١ باسم القانون المدني النمساوي العام - Allgemeines Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch - ولم يكتف هذا بإلغاء الشريعة العامة كصدر احتياطي للقانون وإنما ألغى كذلك كافة القوانين الخاصة .

٣ - ثم صدرت مجموعة نابليون سنة ١٨٠٤ ، وكان مطبقا في الأجزاء التي ضمها نابليون إلى فرنسا ثم انفصلت عنها عقب سقوطه في سنة ١٨١٥ ، كما كان ساريا في دوقية برج العظمى Grossherzogtum Berg . وهو قد ألغى كذلك جميع القوانين الخاصة وكفلت له وحده السيادة .

٤ - أما قانون دولة بادن das Badische Landrecht الصادر سنة ١٨٠٩ فلم يكن إلا ترجمة لمجموعة نابليون تختلف في بعض الأحيان عن إجمال أو عهد .

٥ - وفي سنة ١٨٦٣ صدرت مجموعة القوانين المدني السكسوني das Sächsische B. G. B. بعد إعداد طويل . ونفذ اعتبارا من أول مارس سنة ١٨٦٥ . وقد ألغى كذلك كافة القوانين العامة والخاصة .

ويأنشاء اتحاد شمال ألمانيا في سنة ١٨٦٦ وجدت مرة أخرى سلطة مركزية تملك التشريع للدول المنضمة إليه ، وذلك طبقا للبادة الثانية من دستور ٢٥ يونيو سنة ١٨٦٧ على أن تكون اقوانين الاتحاد الأولوية على قوانين الدول . وأصبح هذا هو الحال حين نشأت الدولة الألمانية في سنة ١٨٧٠ إذ نصت على ذلك المادة الثانية من دستور الإمبراطورية الصادر في ١٦ أبريل سنة ١٨٧١ ، وبهذا تغير الموقف القانوني إذ أصبح قانون الدولة الإمبراطورية هو الذي ينقض قانون الدول المتحدة . وقد رفع اتحاد شمال ألمانيا عدة قوانين هامة كان الاتحاد الألماني المنشأ سنة ١٨١٥ قد وضعها مثل القانون التجاري وقانون الكسبيالة إلى مرتبة القوانين الاتحادية فأصبحت بذلك نافذة في كافة أنحاء الدول الأعضاء . ويأنشاء الدولة الألمانية سنة ١٨٧٠ التي كانت استمرارا وتوسيعا لاتحاد شمال ألمانيا فاعتبرت القوانين التي أصدرها هذا ، قوانينا عامة للدولة الإمبراطورية مثل قانون

التجارة وقانون السكينة . وفى ٢٠ ديسمبر ١٨٧٣ وسع اختصاص الدولة المركزية بحيث يشمل كافة نطاق القانون المدنى . ثم تبعتها عدة تشريعات أخرى مثل قوانين التقاضى Reichsjustizgesetze الصادرة سنة ١٨٧٧ التى نظمت التقاضى وإجراءاته فى كافة أنحاء الإمبراطورية الألمانية .

بعد هذا نعود مرة أخرى إلى إبطاح المقصود بالقانون الرومانى الذى تقبل فى ألمانيا ونبين مراحل تطوره حتى انقضى تطبيقه من ألمانيا ابتداء من أول يناير سنة ١٩٠٠ .

فالقانون الرومانى المقصود هو ذلك القانون فى الصورة التى عرفته بها مدرسة بولونيا أى فى صورة مجموعات جستنيان فقط . وقد ترك جستنيان مجموعات أربعة هى النظم Institutionen والباندكت Pandekten والتقنين Kodex ثم القوانين الجديدة Novellen ، وقد عرف مجموع هذا العمل منذ عهد المحاشين بمجامع القانون المدنى Corpus iuris civilis .

فالقانون الرومانى قبل جستنيان أو بعده ، ليس هو المقصود عند الكلام عن الباندكت فى الشريعة الألمانية العامة ، وذلك أن مجموعات جستنيان كانت وحدها المعروفة لدى مدرسة بولونيا . وفى هذه الصورة فقط كان تقبل القانون الرومانى فى ألمانيا ، بل إن نفس مجموعات جستنيان لم تكن كلها معروفة لمدرسة بولونيا . وضابط ما عرفته المدرسة هو ما حاشته فقط ولهذا نشأت قاعدة أن ما لم يحاش ليس له قوة قانونية quicquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia . أما سبب عدم المحاشاة فهو إما أن يكون النص كان غير معروف لفقهاء بولونيا وإما أنهم رأوا عدم ملائمة تطبيقه . فعلى أساس السبب الأول ، تركت جميع الدساتير اليونانية من التقنين codex ، وعلى أساس السبب الثانى حاشوا ٩٦ قانوناً فقط من ١٣٤ قانوناً التى تحتويها المجموعة الجديدة Novellen .

أما عمل مدرسة بولونيا فكان هو دراسة النصوص وشرحها والتعليق عليها ولذلك سميت بمدرسة أصحاب الحواشى die Glossatoren إذ قاموا بإثبات شروحهم فى حواش على النصوص . وقد أنشأ هذه المدرسة إريزبوس Irenaeus المتوفى حوالى سنة ١١٢٥ . وقد بدأت المدرسة منذ نهاية القرن الحادى عشر واستمرت

إلى منتصف القرن الثالث عشر . ولكن لم يقتصر عمل هؤلاء الفقهاء على دراسات فردية متفرقة للتصوص ، بل قاموا بمقارنة النصوص المتعلقة بنفس الموضوع بعضها ببعض ، وبهذا ساعدوا في الجهود المبذولة لفهم تلك المصادر . أما ما يؤخذ عليهم فهو أن طريقة بحثهم لم تكن طريقة تاريخية إذ كانت تقتصرهم المعلومات التاريخية والفهم التاريخي . فلم يكن مضمون القانون الروماني في نظرهم نتيجة تطور استغرق قرونا طويلة ، وإنما كان فقط ذلك العمل الذي قام به جستنيان . وآخر فقهاء هذه المدرسة أكويزيوس Accursius الذي جمع حواشٍ سابقيه مع حواشيه في مجموعة كانت هي نتاج هذه المدرسة وتعرف بالحاشية السادسة Glossa ordinaria .

أما في النصف الثاني من القرن الثالث عشر فقد بدأت طريقة البحث تتغير وإن ظل الغيب التاريخي قائما ، إذ بذل الفقهاء جهدا في الوصول إلى صيغ تكاد تكون خافية ، وأهملوا لب الموضوعات . ثم تركوا النصوص نفسها وابتدأوا يدرسون الحواش فقط ولهذا سميت مدرستهم بمدرسة المعلقين die Kommentatoren أو تابعي المحاشين die Post-Glossatoren . وقد استمر ذلك طوال القرنين الرابع عشر والخامس عشر . أما ما بدأ في القرن الثالث عشر من دراسات للحضارات القديمة فلم يبد أثرها في نطاق القانون إلا في عهد متأخر . أما المميز الأساسي لهذه المدرسة والذي يفرقها عن مدرسة المحاشين فهو اتجاهها العملي إذ حاولت أن توأمت النصوص الرومانية بواقع العلاقات القانونية ، ميسرة بذلك أمر تطبيقها ، وأهم فقهاء هذه المدرسة بارتولوس دي ساسوفيراتو Bartolus die Sassoferatto (١٣١٤ - ١٣٥٧) .

وفي نهاية القرن الخامس عشر ضعف أمر هذه المدرسة وأصبحت طريقةها متقدمة . إذ عاد البحث العلمي إلى المصادر الأصلية مباشرة وبدأ يظهر أثر عصر النهضة في نطاق القانون . وهكذا بدأت لأول مرة ، محاولة فهم القانون الروماني فهما تاريخيا . وقد تم ذلك على يد المدرسة الفرنسية التي يقرن اسمها باسم كوياسيوس Jacobus Cujacius (١٥٢٢ - ١٥٦٠) . وقد بدأت كذلك

طريقة البحث تبعد عن طريقة الدراسات المتفرقة لكل نص منفرد على حدة واتجهت إلى الطريقة العلمية أو النظامية Systematisch وذلك بمحاولة إقامة نظام على علم القانون . ويقترن ذلك باسم الفقيه هوجو دونيللوس Hugo Donellus (١٥٢٧ — ١٥٩١) . ولم يكن لهذه المدرسة أثر كبير في ألمانيا، ولكن عن أخذوا في ألمانيا بالنظرة الفلسفية الفقيه ألريش تسازيوس Ulrich Zasius (١٤٦١ — ١٥٣٥) .

أما الاتجاه الثاني ، فقد ابتداء يظهر في ألمانيا منذ أوائل القرن السادس عشر . دون الاتجاه الأول . فبينما نمت المدرسة الفرنسية وتطورت خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر وخاصة في هولندا ، فقد انصرف الفقه الألماني إلى تهمة القانون الروماني للتطبيق القضائي ، واستغرق هذا الجهد القرن السادس عشر حتى القرن الثامن عشر . ولم يكن لهذه المدرسة الألمانية أثر كبير يذكر في التعمق في دراسة القانون الروماني ، ولكن عملها الأساسي كان دراسة النظم الرومانية مقارنة إياها بالعادات الألمانية ووجهات النظر المعاصرة ، كما هيأتها للتطبيق العمل وأعطته الطابع الذي تميز به في ألمانيا ، ولهذا سمي هؤلاء الفقهاء بالتطبيقيين أو العمليين die Praktiker . ونجد منهم من تشيع للقانون الروماني بصفه مطلقة وهؤلاء هم المسمون بمؤلفي المحاكم Kameralsschriftsteller . ولكن قام لإزاهم فقهاء تمسكوا بالقانون الألماني هم فقهاء المدرسة السكسونية Sächsische Juristen لأنهم وجدوا في مرآة سكسونيا تعبيراً واضحاً عن هذا القانون الجرمانى فتمسكوا به . وأهمهم هرتمان بستورس Hartmann Pistoris (١٥٤٣ — ١٦٠١)

ولكن كان لفلسفة القانون الطبيعي التي ظهرت في الربع الأخير من القرن السابع عشر أثر كبير في إقامة المبادئ الأساسية للقانون الروماني وتكوين نظمه، كما عملت على تدعيم الأساس الذي يستند إليه تطبيق القانون الروماني في ألمانيا . فبحثت مضمونة بحثاً علمياً عميقاً أدى إلى الخروج عن طريقة تقرير الأحكام في الحالات الفردية إلى وضع نظم قانونية بالمعنى الصحيح . وقد كان لهذه المدرسة أكبر الأثر على نشر دراسات التي وضعت في نهاية القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر وأهمها مجموعة فايبيون .

ولكن بنهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر ، عادت الطريقة التاريخية في بحث القانون الروماني إلى الظهور ، على أنها كانت في هذه المرة هي المدرسة الناجحة . فقد نظرت إلى القانون الروماني باعتباره نتيجة لتطور طويل الأجل وتوصلت بهذه الطريقة إلى إدراك المبادئ الأساسية للقانون الروماني وفهم نظمه وإقامتها على أساس علمي ، وتعرف هذه المدرسة بالمدرسة التاريخية . وقد وضع أساسها جستاف هوجو (١٧٦٤ - ١٨٤٤) Gustav Hugo ولكن زعيمها الأكبر دون منازع هو فردرش كارل فون سافيني Friedrich K. v. Savigny (١٧٧٩ - ١٨٦١) . وتختلف هذه المدرسة عن المدرسة التاريخية القديمة في القرن السادس عشر ، في أنها حاولت دراسة تطور القانون الروماني على أساس تطور علاقات الحياة نفسها دون الاكتفاء بالصيغ الرومانية ، وإنما بإقامة مبادئ عامة تنتظم الأفكار الأساسية والحلول العملية لعلم القانون . فهي تجمع إلى الطريقة التاريخية ، الطريقة العلمية النظامية في البحث . ومن أهم من برزوا في هذا الاتجاه أ كبر تلامذة Savigny وهو جورج فردرش بوختا Georg F. Puchta (١٧٩٨ - ١٨٤٦) . وقد استمرت المدرسة التاريخية هي السائدة خلال عهد طويل .

أما المعارضة التي لقيتها المدرسة التاريخية فقد جاءت في اتجاهين . الاتجاه الأول وهو المدرسة الفلسفية التي قامت مع المدرسة التاريخية في نفس الوقت منذ البداية . ولم تكن طريقة البحث هي مدار الخلاف وإنما مدار مسألة كيف تنشأ قاعدة القانون الوضعي positives Recht . فبينما تؤكد المدرسة التاريخية أن هذه القاعدة لا يمكن أن تنشأ إلا نتيجة لتطور تاريخي ، تؤكد المدرسة الفلسفية إمكانية نشوء هذه القواعد من تلقاء نفسها autonome . وقد قام النزاع على أثر السؤال الذي ألقاه أنتون يوستوس تيباوت Anton justus Thibaut (١٧٧٢ - ١٨٤٠) عما إذا لم يكن من المناسب بعد تحرير الوطن الألماني من الفرنسيين ، تحرير القانون الألماني كذلك من كل أثر أجنبي بإنشاء مجموعة قانون موحدة لكل الوطن الألماني . وقد أنكر سافيني في بحثه المنشور سنة ١٨١٤ عن « وظيفة عصرنا في علم القانون والتشريع » ، ملائمة العصر لهذا العمل التشريعي الموحد وأكد ضرورة البدء بتحسين حالة القانون عن طريق الفقه لا التشريع . وقد بين سافيني في هذا البحث برنامج المدرسة التاريخية من أن

القانون لا يخلق وإنما هو ينشأ ويتطور مع الشعب نفسه . وكان رأى Thibaut على عكس ذلك .

كما أن جزءا من المدرسة الفلسفية بين أن الطريقة التاريخية في البحث القانوني هي بالنسبة لعلم القانون باعتباره علما عمليا ، لا يمكن أن تكون غاية في ذاتها وإنما هي وسيلة لغاية .

إلا أن المعارضة التي لقيتها المدرسة التاريخية ظهرت في اتجاهات معارضة أخرى ، فترجم بكر Bekker النقد بأنها لم تكن تاريخية بقدر كاف وأنها لم تتخلص تماما من آثار القانون الطبيعي . أما الاتجاه الآخر فقد ترجمه شتاملر Stammler من أنها أهملت العوامل الفلسفية ولم تبين ماذا يجب أن يصبح قانونا ، ثم هاجمها أرنج Ihering بأنها تؤكد الجانب المنطقي للقانون وتهمل « الغرض ، العمل » .

على أن الهجوم الأخير الذي لقيته المدرسة التاريخية في عصورها الأخيرة قد اقتصر على مهاجمة سيادة القانون الروماني في ألمانيا بحجة أنه قانون أجنبي الحق أبلغ الضرر بالقانون الجرمانى وعاق تطوره . وهذا نشأ الخلاف بين الرومانيين Romanisten والجرمانيين die Germanisten . وقد نشأت مدرسة الجرمانيين نشوءا علميا بعد أن قام كارل فريدريش أيشهورن Carl Fr. Eichhorn (١٧٨١ — ١٨٥٤) بتجميع المبادئ الأساسية للقانون الجرمانى . وزعماء هذه المدرسة كيرولف J. F. Kierulff وبززر G. Beseler ثم أخيرا أوتوفون جيرك Otto v. Gierke الذى هاجم مستندا إلى هذا الأساس المشروع الأول لمجموعة القانون المدني ثم أصدر كتابه الهام القانون الخاص الألماني . Deutsches Privatrecht فى سنة ١٨٩٥ .

أما طريقة عرض علم القانون فقد ظلت طريقة الشراح die exegetische Methode هي السائدة حتى القرن السابع عشر . ومنذ ذلك الحين بدأت طريقة أخرى هي معالجة القانون الرومانى طبقا لترتيب عناوين البانديكت ولكن مع الحرية الكاملة داخل العنوان الواحد ، وذلك بفحص كل ما يتعلق بهذا العنوان ولو ورد تحت أبواب أخرى وهذه الطريقة هي المسماة بالترتيب التشريعى Legal Ordnung . والكتاب الجامع الأساسى الذى اتخذ هذه الطريقة وكان كالا لها قبل ظهور كتاب Savigny هو كتاب جلوك Glück

في البانديكت . ثم ظهرت بعد ذلك الأبحاث النظامية وكانت في بادئ الأمر متفرقة ثم ابتدأت منذ نهاية القرن الثامن عشر ترك ترتيب البانديكت نهائيا ، ولكنها اتخذت الترتيب الذي اتبعه كتاب النظم Institutionen . أما الطريقة التي سادت في القرن التاسع عشر وكانت هي الطريقة النهائية في فقه القانون الروماني ، فهي تلك التي وضعها هوجو Hugo أولا في كتابه نظم القانون الروماني المعاصر Institutionen des heutigen römischen Rechts الصادر في سنة ١٧٨٩ ثم هينر Heise في كتابه Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts الصادر سنة ١٨٠٧ . وأما الكتاب الأكل الذي أعطى هذا الوضع صيغته النهائية فهو كتاب سافيني المسمى نظام القانون الروماني المعاصر System des heutigen römischen Rechts الصادر من ١٨٤٠ إلى ١٨٤٩ في ثمان أجزاء ولكنه لم يكتمل للأسف إذ لم يشمل إلا جزءا صغيرا من القانون الروماني . ويبدأ هذا الترتيب بتقسيم العلم القانوني أقساما ستة هي :

- ١ - في القانون بصفة عامة .
- ٢ - في الحقوق بصفة عامة .
- ٣ - في قانون الأشياء Sachearecht
- ٤ - في قانون الالتزامات أو المداينات Obligationenrecht
- & Schuldverhältnisse
- ٥ - قانون الأسرة Familienrecht
- ٦ - قانون الإرث Erbrecht

وهذا ويضم الجزء الثاني إلى الجزء الأول تحت عنوان القسم العام Allgemeiner Teil ثم يقدم قانون المداينات على قانون الأشياء . مع ملاحظة أن قانون الأشياء ينظم الأشياء في حكم القانون والحقوق العينية الواردة عليها . وهذا التقسيم هو نفس التقسيم الذي اتبعته مجموعه القانون المدني الألماني .

مجموعة القانون المدني الألماني Bürgerliches Gesetzbuch

لم يحقق تقبل القانون الروماني في ألمانيا ما كان يصبو إليه الشعب الألماني دائما من وحدة قانونية . وقد ظهرت هذه الرغبة في تحقيق الوحدة القانونية بوضع مجموعة قانون موحد في كتابات كونينج Conring في سنة ١٦٤٣

لأول مرة . ثم نجدها في كتابات لينتز Leibnitz في سنة ١٦٦٨ وسنة ١٧٠٨ . ولما تبين أن السلطة المركزية أصبحت عاجزة عن تحقيق هذه الوحدة القانونية ، لجأت الدول المختلفة إلى وضع تقنيات خاصة لها على ما سبق أن بينا .

أما في العصر الحديث ، فكان أول دعوة في هذا الشأن ، هو النداء الذي أرسله من هيدلبرج في سنة ١٨١٤ ثيباوت Thibaut أستاذ القانون بها ومدير جامعته في مقاله الذي يحمل عنوان « عن ضرورة قانون مدني عام لألمانيا ، Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland ^(١) » ونبه فيه إلى ضرورة تحقيق الوحدة القانونية بوضع مجموعة قانونية موحدة للدولة الألمانية كلها وذلك بعد أن تم إجلاء الفرنسيين عن الأراضي الألمانية ، فیتعين تطهير القانون الألماني كذلك من كل أثر أجنبي ، حتى يكون هذا القانون الموحد بدوره دعامة للوحدة ومانعا من أى انشقاق سياسي في المستقبل .

فعارضه Savigny في مقاله السابق الإشارة إليه ، إذ رأى أن الوقت في ذلك الحين لم يكن مناسباً لتحقيق هذا العمل الضخم لأن النساء أصبحت أضعف من أن تفرض عملاً تشريعياً في الدولة الألمانية ، كما أن سلطان روسيا لم يكتمل بعد ، ولا يمكن أن تقر إحداها عملاً ضخماً كهذا تقوم به الأخرى . وتحاول أن تفرضه على الدولة الألمانية كلها ، فالظروف السياسية كانت تحول دون تحقيق هذا العمل الضخم .

ولكن المطالبة بوضع مثل هذه المجموعة لم تهدأ إطلاقاً . فقد نص دستور الدولة Reichsverfassung سنة ١٨٤٩ على أن يكون للدولة المركزية أن تصدر مجموعات للقانون المدني والتجاري والكيميائية (والسند الإذني) . ولكن هذا الدستور سقط بفشل ثورة سنة ١٨٤٨ إلا أن ذلك لم يقض على هذه الحركة .

ففي سنة ١٨٤٨ صدر قانون الكيميائية (والسند الإذني) Wechselordnung كما تم وضع مجموعة للقانون التجاري في سنة ١٨٦١ على أساس التوفيق بين

(١) نذر في مجموعة Civilist. Abhandlungen ص ٤٠٤ .

المشروعين النموسوى والبروسى اللذين قدما إلى اللجنة ، وقد قبله المؤتمر الإتحادى فى سنة ١٨٦١ وأصبح فيما بعد قانونا من قوانين الدولة هو وقانون الكميالة عند إنشاء إتحاد شمال ألمانيا ثم قيام الدولة الألمانية سنة ١٨٧٠ . وقد قرر المؤتمر الإتحادى فى ٦ فبراير سنة ١٨٦٢ تشكيل لجنة لوضع مشروع لقانون الالتزامات وذلك بناء على ما قرره مؤتمر رجال القانون فى برلين ودرسدن سنة ١٨٦٠ وسنة ١٨٦١ . ولم تشترك بروسيا فى هذه اللجنة إذ أنكرت على المؤتمر الإتحادى اختصاصه بمثل هذا الأمر . ولكن اللجنة بدأت رغم ذلك عملها فى سنة ١٨٦٣ فى درسدن وانتهت من مهمتها فى ١٣ يونية سنة ١٨٦٦ قبل قيام الحرب بين النمسا وبروسيا مباشرة . وقد عرف هذا المشروع بمشروع درسدن وتضمن ١٠٤٥ مادة . ولكنسه ظل مشروعا دون أن يقدر له الخروج إلى الحياة .

ولم يتغير الأمر كثيراً بإنشاء إتحاد شمال ألمانيا فى سنة ١٨٦٦ ولكن قرر المجلس النيابى الإتحادى Reichstag فى سنة ١٨٦٧ اختصاص الإتحاد بوضع قانون للالتزامات دون مجموعة القانون المدنى كله .

ولكن بعد قيام الدولة الألمانية فى سنة ١٨٧٠ ، قرر المجلس النيابى فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٣ وضع مجموعة القانون المدنى للدولة كلها . فشكل مجلس الإتحاد Bundesrat لجنة تمهيدية لبحث خطة التقنين وطريقته . سمى أقر هذا المجلس رأيها وبناء على ذلك أصدر قراراً فى ٢ يولية سنة ١٨٧٤ بتشكيل لجنة لوضع مشروع مجموعة القانون المدنى من ١١ عضواً ، ثمانية منهم من المشتغلين عملاً بالقانون واثنتين منهم من الفقهاء النظريين أحدهما من الرومانيين وهو برنهارد فندشيد Bernhard Windscheid والآخر من الجermanيين هو روت P. V. Roth .

فررت اللجنة تقسيم المجموعة إلى خمسة أجزاء هى نفس تقسيات البانديكت يضاف إليها قانون الإصدار وتقرر تكليف خمسة من الأعضاء بأن يقوم كل منهم بتحرير جزء من هذه الأجزاء . وقد قام بتحرير الجزء العام جيبارد Gebhard من بادن من المشتغلين بتطبيق القانون الفرنسى الذى كان سائداً فيها . وقد قام كل منهم بإتمام الجزء المكلف به مع ملاحظة أنه بسبب وفاة Kübel فى سنة ١٨٨٢ الذى كان مكلفاً بوضع القسم الخاص بالمداينات ، أكل ما بدأه

من عمل من مشروع درسدن . وقد دارت المناقشات بعد ذلك حول المشروع في مجموعه في اللجنة العامة مجتمعة وحررت محاضر protokolle تضمنت هذه المناقشات . ثم قدم المشروع إلى البندزرات في سنة ١٨٨٧ مصحوباً بمذكرة لإيضاحية die Motive ونشر العمل كله في سنة ١٨٨٨ . هذا مع ملاحظة أن Windscheid كان قد استقال في سنة ١٨٨٣ . بسبب النقد الذي وجه إلى اللجنة بصدد نزعتها الرومانية .

وقد لاقى هذا المشروع نقداً شديداً إذ طغت عليه الصبغة الرومانية والطابع الفقهي إلى حد كبير ، بحيث ابتعد عن روح الشعب بعداً تاماً . فضلاً عن أن ظروف الحياة الاقتصادية والاجتماعية كانت في خلال هذا العهد قد تطورت وكان يتعين إدخال هذه العوامل في الحساب . وأمام اشتداد النقد تألفت لجنة ثانية لإعادة النظر فيه لم يقتصر تشكيلها على رجال القانون فقط ، بل شملت كذلك غيرهم من المشتغلين بالاقتصاد والصناعة والسياسة . وأعيد النظر في المشروع الأول كلية وكذلك مشروع قانون الإصدار . وقدم هذا المشروع الثاني إلى البرلمان في سنة ١٨٩٥ . وبعد مناقشته في المجلسين ، صدر القانون دون تعديلات جوهرية (عدا ما يتعلق بالاتحادات die vereine) في ١٨ يولية سنة ١٨٩٦ على أن يعمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٠٠ .

وقد سبق أن قلنا أن المجموعة المدنية تنقسم إلى خمسة أجزاء على الوجه التالي :
أولاً : الجزء العام : ويعالج في الفصل الأول منه الأشخاص : الطبيعية ثم المعنوية وفي الفصل الثاني الأشياء وفي الفصل الثالث التصرفات القانونية . ويعالج تحت هذا العنوان ، نظرية التصرف القانوني ؛ وهنا يبحث المسائل التي تعالجها المجموعات الأخرى تحت عنوان نظرية العقد ، أي العقد باعتباره مصدراً للحقوق سواء كانت عينية أم شخصية . فيبدأ بمعالجة أهلية التصرف ثم إعلان الإرادة وينظم تحت هذا العنوان إبرام التصرف وعيوب الإرادة ، ثم العقد والشرط والأجل ثم نظرية النيابة والتفويض ، ثم الإقرار والتصديق ، ثم المدد وحسابها ، وأخيراً التقادم ثم استعمال الحق والدفاع الشرعي وأخذ الشخص بحقه بيده ، ثم أخيراً الالتزام بتقديم ضمان أو تأمين .

ثانياً - ويحمل هذا الجزء الثاني عنوان المداينات *Schuldverhältnisse* وينقسم إلى قسمين عام وخاص .

أما القسم العام : فيعالج المسائل التي تعالج في التقنيات الأخرى تحت عنوان أحكام الإلزام فيبدأ بعرض مضمون علاقة المداينة ، ثم الالتزام نفسه باعتباره مقابل الحق الشخصي ، ثم لإعذار الدائن . ثم يعالج الالتزامات الناشئة عن عقود ، فيبين تكوينها ومضمون العقد ثم العقد التبادلي والاشتراط لمصلحة الغير ثم العربون والشرط الجزائي ثم الفسخ ثم انقضاء الالتزام إما بالوفاء أو بالإيداع أو المقاصة أو الإبراء . ثم يعالج حوالة الحق وحوالة الدين ثم تعدد الدائنين والمدئنين .

أما القسم الخاص : فيحمل عنوان أنواع خاصة من المداينات فيبدأ بالعقود المختلفة وهي البيع والمقايضة ، ثم الإيجار والإستغلال *Pacht* سواء كان زراعياً أو صناعياً أو تجارياً . ثم العارية والقرض ، ثم عقد الاستخدام وعقد العمل وعقد السمسرة . ثم الوعد بجائزة ، ثم الوكالة . ثم الفضالة . ثم الوديعة والوديعة لدى أصحاب الفنادق ثم الشركة وعدم الانقسام والإيراد المرتب ، ثم الرهان والمقامرة ثم الكفالة والصلح ، ثم الوعد بالدين والإقرار بالدين ، ثم الإنابة ، ثم الالتزام المحرر لحامله . ثم معاينة الأشياء ثم يعالج الإثراء بدون سبب ثم العمل غير المشروع .

ثالثاً : أما القسم الثالث فيحمل عنوان قانون الأشياء *Sachenrecht* ويعالج الحقوق العينية . ونلاحظ هنا أن القانون الألماني لا يقسم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية وإنما إلى مطلقة وهي حق الملكية ومقيدة وهي ما عداها من الحقوق العينية . مع مراعاة أن الغالب هو اعتبار الحقوق التأمينية عينية وإن كان ذلك لا يزال غير مستقر في الفقه والقضاء إذ ثمة مذهب قوى ينكر عليها صفة العينية ، ولكن النظرة الأولى لاتزال الغالبة . ويبدأ هذا القسم بمعالجة الحيازة ثم يتبعها بنصوص عامة عن الحقوق الواردة على عقارات ثم يعالج الملكية فيبين مضمونها ، ثم اكتسابها وفقدانها ثم نقلها بالسليم والاستيلاء لأول مرة ثم الضم والخلط والمزج ثم اكتساب ثمار الشيء ونتاجه ، ثم اكتساب المنقول بحيازته ثم يعالج الحقوق الناشئة عن الملكية المشتركة أى الشيوع

ثم يعالج حق القرار الوراثي ، ثم حقوق الارتفاق ثم حق الانتفاع على الأشياء وعلى الحقوق وعلى الذمة ثم حقوق الارتفاق المقيدة . ثم يعالج الشفعة

والتكاليف العينية (الالتزامات العينية) ، ثم يعالج الرهن غير الحيازى Hypothek والدين العقاري ودين الربح . ثم الرهن الوارد على المنقولات والحقوق والمقصود هو الرهن الحيازى . وننبه من بادىء الأمر إلى أن الرهن الحيازى لا يرد إلا على المنقولات فقط دون العقار ، كما أن الرهن غير الحيازى ، لا يمكن اعتبار الرسمية ميمزاً له عن غيره من العقود ، لأن كافة التصرفات المنشئة لحقوق عينية واردة على عقار يجب أن تكون شكلية . ولهذا لا نستطيع أن نسميه بالرهن الرسمى ونفضل عليه تعبير الرهن غير الحيازى .

رابعاً - أما هذا الجزء فيعالج قانون الأسرة . فيبدأ بالإراجاع المدنى ثم القربة ثم الوصاية .

خامساً : ويعالج هذا القسم قانون الموارث سواء كانت قانونية أو إيصائية . أما قانون الإصدار فيعالج فى قسمه الأول وهو القسم العام مشكلة تطبيق القانون من حيث الزمان والمكان فيعالج هنا مشاكل القانون الدولى الخاص ، ثم يعالج فى القسم الثانى العلاقة بين المجموعة المدنية وقوانين الإمبراطورية . وفى القسم الثالث يوضح العلاقة بينها وبين قوانين الدول الاتحادية ، ثم يضع فى القسم الأخير النصوص الإنتقالية .

وبعد هذه السكلمة العامة فى تاريخ القانون الألمانى والمجموعة المدنية الألمانية وقد راعينا فيها الإيجاز إلى أكبر قدر ممكن ، ننتقل إلى موضوع الرسالة وهو : تحول التصرف القانونى .

تحويل التصرف القانوني

الفصل الأول

تمهيد : وضع المشكلة

منذ تحرر علم القانون من قيود الشكل^(١) ، بدأ عصر جديد من عصور تاريخ التطور القانوني . فالإرادة الفردية التي ظلت في القانون المدني الروماني *ius quiritium* غير ذات أثر فعال ، اكتسبت لأول مرة في عهد جستنيان *Justinianus* قوة ذات معنى حتى تحققت لها السيادة خلال تعاليم المحاشين *Glossatoren* وفي ظل القانون الكنسي . أما الحرية التي كانت بادئ أمرها أساسا فلسفيا ثم ارتفعت في ظل الثورة الفرنسية مطلبا سياسيا وتحققت كحقيقة سياسية ، فقد بسطت سلطانها في نطاق القانون لأول مرة في القرن التاسع عشر ؛ إذ اعترفت مجموعة نابليون سنة ١٨٠٤ - التي كانت النتيجة القانونية لفلسفة القانون الطبيعي وهذه الثورة - بسلطان الإرادة أساسا لها وهو أساس تقوم عليه كافة النظم القانونية في عصرنا الحاضر .

ولكن النظام القانوني لا يدع الإرادة الحرة طليقة دون أن يفرض عليها قيودا تؤدي مجاوزتها إلى أن تفقد هذه الإرادة قوتها ، أي تصبح غير ذات أثر قانوني : أي تكون باطلة .

للأفراد - في هذه الحدود - سلطة كاملة بالنسبة للوسائل القانونية التي يكون لهم أن يستعملوها لكي يحققوا أغراضهم الاقتصادية والعملية . فأبرام التصرف القانوني وإنتاجه لآثاره يخضعان لهذه الإرادة . ولكن ليس للأفراد أن يخالفوا القانون أو يجاوزوا حدود الآداب أو النظام العام ، إذ تقوم هنا الحدود على حرية الإرادة ، لأن كل حرية تنقيد بحكم الضرورة بحريات الآخرين

(١) في القانون الروماني عن طريق القانون البريتوري *ius honorarium*

إذ أن الحرية غير المقيدة ليست إلا فوضى تقضى على حياة المجتمع . ويتعين على النظام القانوني أن يحمل تبعه هذه الحرية بحماية الإرادة الفردية من إساءة استعمالها لسلطانها (كما في عقود الإذعان مثلا) ، أو من ضعفها هي نفسها (كما في عيوب الإرادة) . فإذا كان التصرف الذي أبرمه الأفراد متعارضا مع القساوون أو الآداب مجرد النظام القانوني من تلك الآثار التي أرادوا به تحقيقها : وهو ما يسمى في اللغة القانونية الفنية بعدم إنتاج التصرف لآثاره أو على وجه أدق بالبطلان . وتنتمى إلى ذلك أيضا النصوص الخاصة بالشكل ؛ التي ترمى إلى حماية الثقة والوضوح القانونيين أو إلى حماية الإرادة نفسها من آثار تعجلها .

ورغم ذلك فإن هذا البطلان هو عقوبة قاسية يحاول المشرع دائما إما تفاديها أو على الأقل إضعاف آثارها : وذلك عن طريق التصحيح اللاحق *Konvaleszenz* ، أو الإجازة ، أو بطلان الجزء المعيب من التصرف بدلا من التصرف كله إذ يظل الجزء السليم صحيحا منتجا لآثاره (المادة ١٣٩ مدني ألماني ١٤٣ مدني مصري) ؛ بل أكثر من ذلك فإذا وافق التصرف الباطل عناصر تصرف آخر صحيح صح التصرف باعتباره هذا الأخير وهذا هو ما يسمى بالتحويل (م ١٤٦ ألماني و ١٤٤ مصري و ١٤٢٤ إيطالي) .

ففي التحويل يبدو بوضوح ذلك النزاع الكبير بين حرية الإرادة والنظام القانوني الذي يستتبع البطلان نتيجة له هذا من ناحية ؛ ومن ناحية أخرى مبدأ وجوب تفادي البطلان ما أمكن ذلك .

الفصل الثانى

إصطلاح التحول Konversion

ولكن يتعين علينا قبل أن نشرح فى دراسة جوهر التحول أن نبدأ بإزالة كل شك حول استعمال اصطلاح التحول Konversion .

١ — التحول Konversion : أما تعبير التحول فقد ظهر فى اللغة القانونية لأول مرة فى فقه الشريعة العامة das gemeine Recht فى أوائل القرن التاسع عشر^(١)، ويرجع أصله إلى نص ليو لبيان Ulpian (D, 29, 1, 19 pr & 12) "Vim prioris testamenti in causam Fideicommissi et codicillorum Convertisse..... testamentum in eam causam conversum" وبما لى هذا النص تحول الوصية السابقة إلى تصرف استثنائى Fideicommiss فى وصية لاحقة ، فهو لا يتناول حالة تحول بالمعنى الفنى الحديث .

وهذا التعبير Konversion منتقد فى الفقه الألمانى . ونرى أن عرض الخلاف على هذا الاصطلاح وإن كان ذا جدوى فى رسالة ألمانية إلا أن فائدته وجدوته لا تظهران فى ترجمة عربية . وعلى أى حال فإن تعبير Konversion هو الذى انتهينا إلى ضرورة الإبقاء عليه واستعماله معبرا عن فكرة التحول حتى فى اللغة الألمانية . أما الإصطلاحات الألمانية التى اقترحت بدلا منه فهى Umdeutung التأويل ، Aufrechterhaltung الاستبقاء ، Umgestaltung التشكيل أى اتخذاذ صورة أخرى ، Umwandlung التغير أو التحول ، Umschaffung تغيير الصورة أو إعادة الخلق ، Ersetzung الإبدال . لهذا رأينا حذف التفاصيل الخاصة بالمناقشات الدائرة حول هذا الإصطلاح ، مع التنبيه

(١) Convertere معناها يتحول أو يتغير .

إلى أن ما في المناقشات من عناصر فنية قد نوقش في أمكنة أخرى من الرسالة ،
مثل رأى فندشيد Windscheid والتفرقة بين التحول والتأويل Umdeutung .
على أن يلاحظ كذلك أن الفقه والقضاء كثيراً ما يستعملان تعبير الاستبقاء
Aufrechterhaltung دالاً على التحول . وقد حافظنا على هذا الاصطلاح عند
إيراده في الأحكام التي ترجمناها حرصاً على سلامة ترجمتها ، أما في غير ذلك فلم نستعمل
إلا تعبير التحول Konversion ويتحول Konvertieren بعد أن بينا أن هذا
الاصطلاح هو وحده المستعمل في الفقه الإيطالي La conversione والفرنسي
conversion والانجلوسكسوني conversion والمجرى والمصرى .

الجزء الأول

التطور التاريخي لفكرة التحول

لقد وجدت فكرة التحول تنظيماً تشريعياً محدداً لأول مرة في المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني . ولهذا يجب حتى يمكن فهم هذا التنظيم التشريعي أن نبدأ بمعرض التطور التاريخي لمبدأ التحول . فقد أقام علم الشريعة العامة فقهه في التحول على أساس النصوص والمصادر الرومانية . وعلى أساس فقه الشريعة العامة في التحول ، فن هذا المبدأ في المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني ثم قنته نظام تشريعية أخرى أخذوا بمثل التقنين المدني الألماني (١) .

(١) قانون المواد ١٤٠١ من القانون المدني المجري و ١٤٢٤ من القانون المدني الإيطالي الصادر سنة ١٩٤٢ وللمادة ١٤٤ مدني مصري .

الفصل الثالث

أولاً - في القانون الروماني

تسيطر على القانون الروماني الطريقة الاستقرائية *inductive methode* التي تبدأ بوضع الحكم القانوني لكل حالة فردية على حدة بعكس الطريقة القياسية التي تبدأ بوضع مبدأ عام يطبق على الحالات الفردية . ولهذا لا تصادف فيه من القواعد العامة إلا ما ندر ، ولا نجد فيه لهذا السبب نفسه مبدأ عاماً يمكن أن يقوم التحول على أساسه . ولكننا نجد في نفس الوقت في سياق التفسير الفقهي الروماني أساساً للتحول كنظام قانوني وإن كان أساساً بدائياً لم يتم بعد تطوره واكتناله . ويبدو هذا فيما أصدره فقهاء الرومان من أحكام في الوقائع الفردية وإن كانت هذه الأحكام تقوم على إحساسهم القانوني قبل أن تقوم على أساس علمي قانوني (١) .

في القانون المدني القديم *tus quiritum* كانت صحة التصرفات معقودة بالحاجة الشديدة إلى الشكل . ولهذا لا يوجد بحكم الضرورة أي أساس للتحول إذ لم تكن ثمة إرادة متخذة الشكل القانوني المطلوب قد اتجهت إلى التصرف الجديد . بل وأكثر من ذلك فإن أنواع التصرفات المرسومة في هذا القانون *ius civile* كانت محدودة ، بحيث أن إمكانية وجود تصرف آخر ملائم يحل محل الباطل كانت ضيقة جداً (٢) .

(١) فون Fischer من ٢٢ وما بعدهما و Kuntzel من ٣ ، Voss من ٥٦ ، Weil من ٩ - ١٧ ، Römer من ٨٧ و Pernice في كتابه عن Labeo ج ١ من ٤٠٤ وما بعدهما .

(٢) فيل Weil من ١٠ وتمثل لذلك بتحول (أ) التمهيد *Stipulatio* إلى *constitutum* أو اتفاق رضائي آخر *pactum* . (D. 13. 5. 1, 287. 45, 1, 1.2) .
(ب) تحول المبرأة *acceptilatio* إلى اتفاق بعدم المطالبة *Pactum de non petendo* (D. 18. 5. 5. pr. 46, 4. 8. pr ; 19 pr. 2. 14. 27. 9)

(ج) تحول الوصية إلى الحاق *Kodizill* (29. 7; 1, 28. 1-29 pr.)

ولكن القانون الروماني بدأ بتأثير مبدأ حسن النية *bona fides* يتحدر من قيود الشكل الشديدة وابتدأت الإرادة تحظى في أول الأمر باهتمام تدريجي حتى اكتسبت أخيراً في عهد جستنيان سلطاناً كبيراً . ولكن هذا التطور لم يتم عن طريق تعديل القوانين ؛ وإنما نشأ خلال القانون البريتوري نظام قانوني جديد يقوم إلى جانب القانون المدني القديم يكمله ويعمله .

أما هذا القانون القضائي *Ius honorarium* فقد كان على عكس القانون المدني القديم أكثر مرونة لإزاء حاجة المعاملات . وكان من الممكن بوجه خاص أن بعض التصرفات — التي كانت غير صحيحة بحكم القانون المدني لعدم استيفائها بعض شروطه — أن تكتسب الصحة والقدرة على إنتاج آثارها عن طريق القانون البريتوري أو أن يحمي هذا القانون أحد الطرفين أو كليهما من آثار البطلان عن طريق الدفع *exceptio* . ولهذا استطاع هذا النظام المزدوج ، الذي كان التصرف بمقتضاه باطلاً طبقاً للقانون المدني وصحيحاً طبقاً للقانون البريتوري ، أن يقدم لنا آثاراً مشابهة لآثار التحول .

أما في نطاق القانون المدني *Ius civile* فقد كان التحول نادراً : فتحول الزواج إلى خطبة كان مرفوضاً وتحول الإلحاق *Codicill* إلى وصية *Testament* لم يكن يصح إلا بمقتضى إرادة خاصة وهو ما يسمى بشرط الإلحاق *Kodizillarklausel* . ومع ذلك فقد أقر القانون المدني نفسه تحول وصية الجندي وتحول التعميد *Stipulatio* طبقاً لقرار مجلس الشيوخ النيروني *S. C. Neronianum*

أولاً — تحول الزواج إلى خطبة :

كان يشترط لصحة الزواج الذي يتم في غير الصورة الشكلية — وذلك بنقل المرأة إلى بيت زوجها *deductio in domum* — أن يكون سن المرأة ١٢ سنة على الأقل بينما كان يشترط لصحة الخطبة غير الشكلية أن يكون سن المرأة ٧ سنوات على الأقل (١) . ونجد في هذا الصدد رأياً ليوليان *Julian* في النص 1. Dig. de spons 28.1 Idem libro 35 ad. Ed. "Quäsitum est apud Julianum, an sponsalia sint ante duodecimum annum, si

fuertint nuptiae collatae. Et semper Labeonis sententiam probavi existimantio, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea quamvis in domo loco nuptae esse coeperit; si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est, non videri sponsalia facta; quam sententiam Papinianus quoque probat^١.

فهنا يتساءل يوليان عما إذا كان من الممكن اعتبار الزواج الذي تم بهذا الطريق وكان باطلا بسبب قصر الزوجة لعدم بلوغها السن المطلوبة قانونا للزواج وهي ١٢ سنة ، بينما استوفت السن المطلوبة قانونا للخطبة وهي ٧ سنوات هل يمكن اعتباره خطبة . فيقضى لاييو Labeo في ذلك ويوافق يولييان Ulpian بأنه إذا كانت الخطبة قد تمت قبل الزواج فإنها تظل صحيحة رغم بطلان الزواج بسبب وجود الخطبة بطريق غير مشروع في منزل خطيبها . أما إذا لم تكن هناك خطبة تمت قبل الزواج فإن هذا الزواج الباطل لا يصبح حتى ولا باعتباره خطبة .

أما أن هذا الزواج الباطل لا يتحول إلى خطبة فيجد رومير Römer (١) التعليل الوحيد لذلك في أن الإرادة قد اتجهت إلى إبرام زواج فقط . بينما يعترض فيرنجرين Weisengrün (٢) على ذلك ويذهب إلى أن رفض التحول إنما يقوم على أساس اختلاف العلاقات القانونية بين الزواج Nuptiae وبين الخطبة Sponsalia

ولكن كلام الرأيين لا يقوم تفسيراً لهذا الحكم ما دام لم يبين لماذا تتخلف الإرادة بالذات في هذه الحالة حتماً أو لماذا يكون اختلاف الآثار أو العلاقات القانونية بين النظامين مانعاً حتماً من التحول . إذ أنه مما يسلم به أن من أراد الزواج فقد أراد الخطبة على الأقل . ولكن من الممكن أن تكون ثمة اعتبارات أخلاقية قامت لدى الرومان في وجه هذا التحول (٣) .

(١) ص ٧١ .

(٢) ص ٣٨ . أنظر كذلك Römer ٧٨ و Unger : القانون المدني النمساوي ج ٢ ص ١٥٨ الذي يرى السبب في اختلاف الآثار .

(٣) Fischer ص ٣٦ و Kuntzel ص ٧ و Weil ص ١٦ .

ثانياً — تحول الوصية إلى إلحاق (١) Codicill

لقد لعب الشرط المسمى بشرط الإلحاق Codicillarklausel (تحول الوصية Testament إلى إلحاق Codicill) الدور الأكبر في تاريخ تطور نظام التحول (٢) . ونجد في هذه الحالة آثار التحول قائمة ولكنها لا تتحقق إلا إذا وجدت إرادة صريحة من المتعاقدين لتنظيم حالة البطلان التي توقعها ، وبهذا تنفصل هذه الحالة عن نطاق التحول . ولكن لما كان الوريث الشرعيون يلزمون على سبيل الاستيثاق Fideicommissarich (٣) عن طريق ما تتضمنه الوصايا

(١— ترجمة) الإلحاق codicill هو محرر يتم دون استعمال الصيغ الشكالية وفي غياب الشهود بل ويمكن أن يتم مشافهة كذلك ويتضمن إيصاءات ببعض المال Legs تكون صحيحة بشرط أن ترقى وصية سابقة أو لاحقة . ثم صفت هذا الشرط فيما بعد حتى استغنى عنه . (فون Monier : Manuel du droit Romain ج ١ ص ١٩٤ بند ٣٧٤) ويبدو أن هذا الشرط هو الذي جعله المرحوم عبدالمعز فهمي باشا (الدونة ص ١٦٠) يترجمها بالإلحاق . والأصل أن تعبير Codicill معناه جزء أو قطعة أو محرر أو مكتوب أو وثيقة لهذا يكون تعبير الإلحاق غير دقيق . وقد كنا نفضل اصطلاحاً آخر لأننا لا نزال نرى أن تعبير الإلحاق نفسه تعبير قبيح . ولكن المعنى الذي لهذه الكلمة وهو الوثيقة المتضمنة إيصاء ببعض المال لا يمكن ترجمته ترجمة دقيقة إلى اللغة العربية لأن تعبيرات المحرر والوثيقة لها معان عامة واسعة واستعمالها يؤدي إلى الخلط .

(٢) برنتر Brinz ج ١ ص ٣٩ هامش ٤ إن شرط الإلحاق Codicillarklausel هو الحالة الوحيدة الأكيدة للتحول .

(٣— ترجمة) كان الاستئمان Fideicommiss في بادىء الأمر مجرد رغبات ليس لها قيمة قانونية يوجهها شخص إلى آخر مكلف بتنفيذ إرادته الأخيرة . وكان الأمر مقروكاً لقمة المستأمن Fiduciare . أما المستفيد Fideicommissaire فكان يمكن أن يكون ناقص الأهلية كأجنبي مثلاً . وكان الموصى أحياناً يجعل الوريث الاستئماني Fiduciare بقسم له بأن يقدم جزءاً من الأموال الموروثة إلى شخص آخر . وقد دخل هذا النظام نطاق القانون في عهد أغسطس الذي أمر القنائل بإعمال هذا الاستئمان . وقد حل محلهم في عهد كلاوديوس برينور الاستئمان prêteur Fideicommissaire فكانت مهمته مراقبة تنفيذ التصرف الاستئماني بشرط أن يكون محله معروفاً .

وكان يمكن إجراء الاستئمان بأى عبارة ما دامت باللغة اليونانية . وكان يمكن أن يتضمنه إلحاق Codicill لم يقره وصية . ويمكن أن يقع على عاتق أى شخص يؤول إليه من مال المتوفى وكذلك الوريثة الإيصائيين والوريثة غير الإيصائيين والموصى إليهم ببعض المال légataire . ولكن دساتير قسطنطين وبيزودوسيوس الثاني تطلبت حضور خمسة شهود لصحة الاستئمانات . ==

والتورثات من إيصاءات ببعض المال Legate فلا تسقط هذه الحالة كلية من نطاق التحول . إذ لا يتبقى التحول إلا إذا وجدت إرادة صريحة بذلك (١) .

١ — أما النص الأول الذى يستلقت نظرنا فى هذا الصدد فهو :

1. 1 Dig. de iure codicilli 29.7.

“Saepissime rescriptum et constitutum est, cum, qui testamentum facere opinatur est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse, ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillos poterit valere tamen non debetur.”

فيقول Ulpian : أنه كثيراً ما يتردد فى الأوامر Rescripten والدساتير constitutionen أنه إذا ما كان لدى شخص قصد إفساء وصية ولم يرد أن تصح هذه باعتبارها إلحاقاً Codicilli فإن الورثة لا يصبحون ملتزمين بسبب عمل التصرف (٢) Aliénation, Verfügung الذى تضمنته تلك الوصية رغم أن عمل التصرف هذا Verfügung كان من الممكن أن يتم فى ذاته صحيحاً لو وقع فى إلحاق .

== أما عمل الاستئمان فيجوز أن يكون لا مال المورث فقط بل مال الوارث نفسه كذلك أو الموصى إليه ببعض المال أو شخص آخر . وفى هذه الحالة الأخيرة يلتزم المستأمن بالحصول على الشيء ثم نقله إلى المستفيد أو على الأقل أن يدفع له قيمته .

وبمرور الزمن أصبح الشكل يتضمنه الإيصاء ببعض المال leg أما إرادة المتوفى فكانت تتضمنها الاستئمان . ولكن جستنيان خاطبهما ببعض . فاكتملت الإيصاءات كيان الاستئمان وحقيقته (مونيير ج ١ من ٥٢٣ بند ٣٧٥) . هذا وقد ترجمها المرحوم عبد العزيز قيس باشا (المقدمة من ١٥٨ — ١٦٠) بالتعهدات ثم ترجمها من ١٥٨ نفسها هامش ٢ بالاستئمان وقد آثرنا هذا التعبير الأخير لدلالته .

(١) Fisher من ٢٥ ، Weil من ١٥ ، Brinz أعلاه .

(٢) ترجمة) المقصود بعمل التصرف — acte d'aliénation — Verfügung هو العمل القانونى الذى يتم به التصرف فى شيء من الأشياء . وللمقصود بالتصرف هنا هو تلك السلطة التى يتطوى عليها الحق العيني . إذ مضمون الحق العيني على شيء هو أن يثبت لصاحبه الساطعة فى التصرف فى الشيء وفى استعماله واستغلاله (راجع دكتور شقيق شعاعته فى الأموال : مضمون الحق العيني) فالتصرف هنا هو الحق الثابت فى إخراج الشيء من ساطعة صاحبه أو إنقائه بحق عيني آخر فى مقابل الاستغلال والاستعمال . وقد ترجمناه بعمل التصرف تمييزاً له عن اصطلاح التصرف القانونى acte juridique

ويقول Römer أن تعبير *nec voluit quasi codicilles id valere* (لم يرد أن تصح باعتبارها إلخافاً) يبين صراحة وبحق أن وجود الشكل الخاص بالإلحاق لا يكفي في حد ذاته على الإطلاق بل يجب بصفة خاصة أن تكون هناك إرادة مقتضاه أن تستبقى الوصية في حالة البطلان باعتبارها إلخافاً.

٢ — أما إذا لم يتضح ما إذا كان المورث أراد إنشاء وصية أو إلحاق لأنه راعى شكل الإلحاق فقط ولكن تكلم في المتن عن وارث *heres* فقد قضى بابنيان Papinian في النص : *I. 13 § 1 Dig cod.*

Tractari solet de es, qui quum tabulas testamenti non fecisset, codicillis ita scripsit : Titium heredem esse volo ; sed multum interest, utrum fideicommissarium hereditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit, an vero testamentum se facere existimaverit. nam hoc ex eo scripto plerumque declarabitur etc...."

فإن كان المورث قد أراد إنشاء وصية ، وهو ما قد يتضح من أنه عين مستفيدين بطريق الإحلال *Substituten*^(١) وكلف الورثة بوصايا ببعض المال

(١ — ترجمة) الأصل في التوريث في القانون الروماني . أن يختار الشخص من يرثه في أمواله ويشغل مركزه القانوني . ولهذا لم يكن التوريث الفرعي إلا نظاماً استثنائياً . ولهذا يسميه الرومان دائماً بالتوريث غير الإيصائي :

أما الإحلال *Substitutio* فهو أن يحل المورث محل من أغامه وارثاً له في الحالة التي لا يرث فيها هذا ، شخصاً آخر يحل محله في الإرث . فهذا الحل لا يكتب الإرث إلا إذا لم يصبح الشخص المعين ، أصلاً وارثاً لسبب من الأسباب كوفاته مثلاً قبل قبوله الميراث أو حتى لو توفي دون أن يكون له وارث ؛ أو لتحديد من يرثه وفقاً لرغبة المورث الأصلي . وهو نوعان الإحلال العام *Substitutio vulgaris* وإحلال القصر *S. pupillaris* ويضاف إليهما في عصر جستنيان شبه إحلال القصر *S. quasi pupillaris* .

أما الأول وقد ترجمه المرحوم عبد العزيز فهمي بأشأ (المدونة ص ١١٩) بالإحلال الاعتيادي في الاستحقاق : وهو أن يتم المورث في مكان من يرثه في الحل الأول أشخاصاً مستفيدين ، يرثونه إذا توفي الوارث الأول قبله ، أو إذا لم يتمكن من الإرث . ويستطيع المورث الأول أن يرثهم في درجات متعاقبة تحمل كل درجة عند عدم وجود سابقتها ، وفي الدرجة الأخيرة يكون المستفيد عادة هو عبد المورث الذي يصبح وارثاً ضرورياً عند انعدام الطبقات السابقة . وقد ينص المورث على أن تؤول التركة إلى المستفيد إذا لم يقبل الوارث الأصلي في ميعاد المائة يوم ، وقد يقف المستفيد مع الوارث الأصلي في أحوال استثنائية في درجة واحدة . =

Legate فإن المحرر ان يصح باعتباره وصية ولا باعتباره إلحاقاً (١) . أما إذا كان قد أراد على عكس ذلك إنشاء إلحاق ، فإن عمل التصرف *Verfügung* يستبقى بدون حاجة إلى إعلان خاص بذلك باعتباره فرض مستفيد استثنائي عام *Universal fideicommiss* على عائق الورثة الشرعيين^(٢) . وبهذا يظل تحول الوصية الباطلة بدون شرط الإلحاق خارج الاعتبار (٣) .

٣ — أما النص الثالث فهو : I. 41 § 3 Dig. de pup. et vulg ; subst. 28.6.

“Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, titio hereditatem suam restituere, legitimum

== أما الثاني وقد سماه المرحوم عبدالعزيز فهمي باشا (الموهنة ص ١٢١) بالإلحاق في استحقاق الصغار : وهو أن يمين الأب لأبنائه الصغار من يرثهم إذا ماتوا قبل بلوغهم . الرشد . فبينما في الحالة السابقة يكون للمستفيد وارثاً للأب نفسه إذا تولى الإبن قبل الأب ، فإن المستفيد في هذه الحالة يكون وارثاً للإبن نفسه مباشرة . كما يستطيع الأب أن يمين لإبنه الذي لم يحرره ويكون قد حرره من الميراث ، من يرثه إذا توفى قبل بلوغه من الرشد ويؤول إلى هذا المستفيد ما قد يؤول إلى الإبن من وصايا *succession* أو إيصاءات ببعض المال *legs* أو هبات من أغاربه الآخرين في الفترة ما بين وفاة الأب وفاته هو نفسه . وتختلف هذه الحالة من الأولى في أنها ميزة خاصة لرب الأسرة *Pater familias* بينما الأول يستطيع أن يأتيه أى مورت . وهذا أثر لنظام قديم مقتضاه أن الإبن لا يرث الأب إلا إذا بلغ رشده . أما النوع الثالث فهو امتداد للثاني في حالة مالوكان الأبناء ضعيفي القوى العقلية ولا يستطيعون بسبب ذلك الإيصاء (فارن مونير ص ٤٧١ وما بعدها . بند ٣٣٨) .

(١) لاشك في أن شكل الإلحاق *Codicilli* موجود وهنا يلاحظ *Weisengrün* ص ٨ مشيراً إلى *Römer* ص ٦٧ بأن هذه الحالة ليست حالة تحول لأنه من المشكوك فيه من بادية الأمر ، أى تصرف قانوني *Rechtsgeschäft* بقصده المتعاقد ؟ إذ في التحول يشترط مبدئياً وبصفة قطعية أن يكون التصرف الباطل حقيقة مقصوداً .

(٢) *Römer* ص ٧٣ ، *Fischer* ص ٢٦ ، *Weil* ص ١٥ ، *Weisengrün* ص ٨ .
(٣) *Fischer* ص ٢٥ . وقد أضفت هذا الفرط إلى حد أن أصبحت الإشارات العامة كافية . ثم سمحت الأوامر الإمبراطورية *Kaiserrescripten* فيما بعد بإجراء التحول في حالة خاصة بدون أى إعلان إرادة . وقد أمر بذلك أولاً قسطنطين (سنة ٣٢١ م) في حالة ما تنظم الوصية ميراث الأبناء . حيث قد قرر تيودوسيوس وقائضين أن الوصية التي لم تستكمل من حيث الشكل بعد ، والثابتة بشهادة خمسة شهود ترقم الوصية السابقة إذا أتمت ورثة شرعيين وتصح باعتبارها إلحاقاً *codicilli* .

heredem filii salva falcidia cogendum patris hereditatem, ut ab impubere fideicommisso post mortem eius dato, restituere placuit. Nec aliud servandum, quum substitutiones conditio puberem aetatem verbis precariis egriditur. Qua ita locum habebunt, si patris testamentus iure valuit, alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum, esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est... etc....”

يستطيع الأب أن يعين في وصيته مستفيدا استثنائيا عاما لحالة ما إذا توفى ابنه قبل بلوغ سن الرشد أو حتى بعد ذلك . ويلتزم الوارث الشرعي الإبن بعد تجميحه الربع Quart أن يسلم التركة للمستفيد الاستثنائي العام . ولكن يجوز هذا فقط إذا كانت وصية الأب صحيحة قانونا . فإن لم يكن هذا هو الحال فإن هذا التصرف الذي كان يجب أن يكون وصية طبقا لإرادة الأب ، لا يصح باعتباره إلحاقا إلا إذا كان هذا قد تقرر بصفة خاصة .

ويقول Römer (١) أن بابينيان Papinian لم يرد بذلك أن يرغم أن تعبير الإلحاق يجب أن يستعمل ، أو أن إعلانا صريحا في مقابل الإعلان الضمني يجب أن يتوافر وإنما يقول فقط أن شرط الإلحاق لا يفهم من تلقاء نفسه وإنما يجب التحقق بصفة خاصة من أن إرادة المورث (الإحتالية) كانت أن يصح عمل التصرف Verfügung باعتباره إلحاقا . وواضح أن ذلك يمكن أن يتم بطريق آخر غير أن يعلن الموصي ذلك بتعبير واضح expressis verbis وأن مجرد الإرادة ، دون تعبير مطابق ، لا معنى لها قانونا . فالإرادة يجب أن تعلن وفي وضوح ، عن طريق أى إشارة مفهومة ، سواء كانت تلك التي وضعت خصيصا لذلك فقط (إعلان صريح) أو كانت أفعالا تؤدي في نفس الوقت وظيفة أخرى ولكن تستفاد منها كذلك الإرادة المطلوبة (تعبير ضمني) .

ويعترض سكافولا Scavola على رأى Ulpian هذا بأنه في هذه الحالة :
liter substitutio in pupillo sit, tamen benigna interpretatione mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommiss obligatur” (2),

(١) ص ٧٤ .

(٢) فرون Fischer ص ٢٦ ؛ Weil ص ١٥ .

فتمعين مستفيد بطريق الإحلال في الإلحاق يستبقى باعتباره فرض مستفيد استثنائي عام على الورثة اللاحقين . ويملل Fischer (١) هذا الحكم بأن شرط الإلحاق لا يكون متطلباً إذا ما كان المورث لم يرد إطلاقاً إنشاء وصية وإنما أراد دون شك إنشاء إلحاق وضمن هذا إقامة وارث أو مستفيد بطريق الإحلال ، فيتجوز هذا عن الصحة (إقامة الوارث أو المستفيد) لتختلف شكل الوصية ، ولكنه يستبقى في نفس الوقت باعتباره فرض مستفيد استثنائي على الورثة الشرعيين .

كذلك تذهب فيل Weil (٢) إلى أن إقامة الوارث التي يتضمنها الإلحاق يمكن بلا تردد أن تتحول إلى فرض مستفيد استثنائي عام لأن إعلان إرادة التحول يكتفي فرياً وإن كان عاماً جداً طبقاً لنص 1. 29 §1. Dig. ونص 1. 68 §17. de leg . فالورث إنما يريد استبقاء عمله بالتصرف Verfügung بأى طريق يمكن . وهذا يصح كذلك بالنسبة لسائر التصرفات القانونية الأخرى .

٤ — ويسترجع النظر كذلك في هذا المقام النص 1. 29. pr. D. "Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum paratur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse."

تستبقى الوصية التي لم تستكمل بعد ، إذا ما تضمنت إقامة مستفيد استثنائي باعتبارها إلحاقاً خالياً عن الشكل دون حاجة إلى شرط الإلحاق . وهذا ما يأباه باولوس Paulus في هذا النص ، إذ يتطلب فيه أخف صورة لشرط الإلحاق (٣) . أما سبب هذا الحكم فيجده Römer (٤) في أن اتجاه الإرادة بصفة قطعية إلى أن تصح الوصية باعتبارها إلحاقاً ، غير متوافر .

٥ — ويذكر هنا كذلك أمر Rescript للإمبراطور تيودوسيوس Theodosius هو 1. 8 cod. de codicillis

"Illud quoque pari ratione servandum, nequiverit, intestatus videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissis interpretationem, nisi id ille complexus sit, ut vlm etiam codicillorum scriptura debeat obtiner."

(١) س ٢٦ .

(٢) س ١٥ ، قارن Römer س ٧٥ .

(٣) Fischer س ٢٧ ، قارن Weil, Römer مشار إليهما أعلاه .

(٤) س ٧٦ .

فالوصية التي ظلت دون أن تستكمل لا تصح باعتبارها إلحاقاً ، إذا كانت إرادة الموصي لم تتجه ولو احتيالا eventuel إلى هذا النوع من الاستبقاء . ويقول Römer (١) أن تعبير "id ille complexus sit" يثبت في نفس الوقت صحة تفسيره لتعبير "nisi hoc expressum est" الوارد في النص 1.4 §3. Dig. cit ، إذ أن "complexus sit" هو التعبير الأكثر عموماً عن إعلان الإرادة ؛ الذي يمكن القول أنه يقابل في اللغة الألمانية تعبير "begreifen" (بالمرية فهم — أدرك) إن لم يكن (هذا التعبير) يفهم تحته كذلك صحة الوصية باعتبارها إلحاقاً . ويسوق دليلاً في ذلك النص :

1. 11 cod. de testament. manus 7.2 Diocletianus et Maximilianus : si iure non subsistit testamentum, in hoc nec libertatis (quum non fuisse adiectum, ut pro codicillis scriptum valeret, proponas) recte datas constabis".

وكذلك نص :

1.29 cod. de Fideicom. 6 42. (Idem) "Ex testamento, quod iure non valet, nec fideicommissum quidem si non intestato quoque succedentes rogati probentur, peti potest".

ويعتقد أنه من المشكوك فيه ما إذا كان النص الأخير يقصد شرط الإلحاق ، إذ أن فرض مستفيد استثنائي عام Rogatio fideicommissi في مواجهة الورثة الشرعيين ، لا يلزم أن يقع في إلحاق (أى كتابة) ، وإنما يمكن أن يقع في أى صورة مستحبة حتى ولو مشافهة ، وعلى الإطلاق بأى طريق يمكن أن يقع فيه إعلان إرادة . وكل ما يفيد هذا النص على وجه قاطع هو أن إعلان الإرادة غير الصحيح (الوصية) لا يصح (باعتبارها إلحاقاً) إلا إذا أثبت المستفيد الاستثنائي المذكور (في المحرر) أن إقامة مستفيد استثنائي كانت أريدت ولو احتيالا . رغم أن التصرف يمكن أن يصح من حيث الشكل باعتبارها إقامة مستفيد استثنائي .

(١) Well . ٧٦ ص ١٠ .

أما Fischer^(١) فيرى أن هذا النص يحتوى قيدا هو :

“Si non intesto quoque succedentes rogati probentur”
ثم يضيف بعد ذلك أنه يثبت أن طلب إقامة المستفيد الاستثنائي Fideikom-
missbire لم يوجه إلى الموصى إليهم فقط بل إلى الورثة الشرعيين كذلك ، يمكن
إقضاء الإيصاء الاستثنائي Fideikommiss باعتباره فرض تكليف على الورثة
الشرعيين ؛ وذلك دون حاجة إلى وجود الشرط (شرط الإلحاق) .

ثم يذكر Fischer أيضا أنه إذا ما أدرج هذا الشرط في وصية صحيحة ،
فيمكن أن تقيد هذه وفقا لأمر تيودوسيوس Teodosios أن يكون للمستفيد
الخيار بين أن يصبح وارثا شرعيا أو أن يدع الإرث الشرعى يأخذ مجراه ثم
يدخل هو باعتباره مستفيدا استثنائيا عاما .

وتستخلص Weil^(٢) من هذه النصوص جميعا ، أن تحول الوصية إلى إلحاق
لا يكون ممكنا إلا بناء على إعلان إرادة خاص وأن إقامة الوارث التي يتضمنها
الإلحاق كان يمكن أن تتحول إلى إقامة مستفيد استثنائي عام .

أما السبب في أن شرط الإلحاق كان مستلزما لإجراء التحول فغير واضح .
فتفسير أنجر Unger^(٣) بأن الإرادة بتعين استلزامها حالما يكون للتصرف الجديد
آثار مختلفة عن آثار التصرف الباطل ، يراه برنيس Pernice^(٤) غير مقبول
ويقدم تعليلا لذلك أن الشكل لا يمكن أن يستبدل بمجرد إعلان إرادة ، وهو
تفسير غير مقبول حيث يدور الأمر حول استبقاء تصرف استثنائي لا يحتاج
أصلا إلى أى شكل . أما تفسير هلتزشوهر Holzschauer بأن الموصى لم يكن
يستطيع أن يريد إلا وصية أو إلحاقا فقط ، فيعتبره Fischer^(٥) غير صائب
ويعتبر اختلاف كل من التوريث الشرعى والإيصاء هو السبب في تطلب إرادة
تحول خاصة .

(١) ص ٢٧ .

(٢) Weil ص ١٥ .

(٣) القانون الخاص النموى Öster Pr. R. ج ٢ ص ١٥٧ .

(٤) برنيس - لايو ج ١ ص ٤٠٥ .

(٥) ص ٢٩ .

وعلى كل ، فإن هذه الحالة تخرج عن نطاق التحول .

ثالثاً : تحول المبارأة^(١) acceptilatio إلى اتفاق بعدم المطالبة أو إلى تراض عسى :

إن إحدى حالات التحول الهامة في القانون الروماني هي تحول المبارأة الباطلة إلى اتفاق بعدم المطالبة Pactum de non petendo^(٢) أو إلى تراض عكسي^(٣) contrarius consensus .

(١) إلى اتفاق بعدم المطالبة

وهنا يستصرى نظرنا نصان ليوليان Ulpian :

(١- ترجمة) المبارأة acceptilatio هي الطريقة العامة لإقضاء الالتزام الناشئ عن العقد الضموني verbis وذلك بالنطق بعبارات شكلية معينة . ثم استعمل هنا الاصطلاح في العصر المبكر فيها بعد التعبير عن طريقة إقضاء الالتزام الكتابي litteris وذلك إذا كتب الدائن في دفتره في مقابل الدين عبارة acceptum ferre أى مقبوض أو مستوفى له في مقابل عبارة expensum ferre أى معطى أو مدفوع منه .

أما شكل المبارأة فهو أن ينطق المدين بعبارة Quod ego tibi promissi, habesne acceptum: أى هل تتسلم ما وعدتك به فبرد الدائن ثالثاً Habeo أى قد تسلمته . والمبارأة تصرف مجرد شكل ولا ترد إلا على الالتزام القفلي (موليير ج ٢ ص ٢٧٢ جلد ١٩٨) . وقد ترجمها المرحوم عبد العزيز فهمي باشا (المدونة ص ٢٤٢) بالهالة ، أى أن الدائن يحمل المدين من دينه ولكننا فضل عليها تعبير المبارأة لأن الدائن يطلب إبراءه من الدين فيجيبه الدائن إلى ذلك ، فضلاً عن أن الإبراء هو التعبير الفني المتمثل وليس الإحلال .

(٢ - ترجمة) الاتفاق بعدم المطالبة Pactum de non petendo هو اتفاق رضائي pactum conventum يتعهد فيه الدائن ألا يطالب بالدين . ولم يكن لهذا الاتفاق أى أثر في أول الأمر بالنسبة للقانون المدنى . ولكن البريتور مكن المدين بمجموعة الدفوع بالانقضاء exceptio pacti conventi من تعطيل دعوى الدائن . والاتفاق بعدم المطالبة كان يجب أن يذكر صراحة في حالة دعاوى القانون الضيق . ولكنه كان مقبوماً ضمناً في دعاوى حسن النية (موليير ج ٢ ص ٢٧٥) .

(٣- ترجمة) التراضي العكسي هو الطريقة الرضائية لإقضاء الالتزام الناشئ عن عقد رضائي . ولكن يكون انقضاء الالتزام هذا قبل القيام بأى وفاء له . ويشترط فيه أن يكون القصد منه إقضاء التزامات كل من المتعاقدين كاملة وألا يطرأ أى وصف أو تفسير عليها وعلى وجه خاص ألا يكون قد شرع في تنفيذ أحدها (موليير ج ٢ ص ٢٧٤ بند ١٩٩) . وهو في الواقع يقابل الإنكالة المروفة في الفريعة الإسلامية .

١ — أما الأول *Si accepto latum* 1. 19 pr. cod. 2 Regularum :

"Si fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatur est, non liberatur quidem, set exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest".

تسكون المباراة *acceptilatio* الواردة على التزام ناشئ عن عقد عيني *re contrahiente obligatio* غير صحيحة، لأن المباراة إنما ترد على الالتزام اللفظي *ipso iure* فقط، لهذا لا ينحل الالتزام بقوة القانون *verborum obligatio* وإنما بطريق الدفع *ope exceptionis* إما عن طريق الدفع بالتدليس *exceptio doli* أو عن طريق الاتفاق الرضائي *pacti conventi*. أى أن المباراة غير الصحيحة تستبقى باعتبارها مجرد اتفاق *nudum pactum* ولو لم يكن هذا التصرف الثاني قد أريد على وجه إيجابي *positiv*.

أما الأثر المعلى فهو على أى وجه واحد في الحالتين : فبتحول المباراة التي تكون عديمة الأثر إذا وردت على عقد رضائي أو عيني إلى مجرد اتفاق، يتحقق الأثر الذي أراده المتعاقدان (١).

٢ — أما النص الثاني فهو :

1.8. pr. Dig. de acceptil. 46.3 : "An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur; et nisi in hoc quoque consensum est. dicet aliquis: potest ergo non esse consensus, cur non possit? Fingamus, eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque, nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse, quis dubitat non esse pactum cum consensum paciscendi non habuerit".

فيرى يولييان أن المباراة غير الصحيحة تستبقى باعتبارها مجرد اتفاق، إلا إذا تبين أن المتعاقدين لم يكونا ليريدا ذلك بوجه خاص، كما لو أن المبارا *accepto ferens* كان علما تماما بطلان المباراة (٢).

(١) Fischer م ٣٢ ، Weil م ١٢ ، Römer م ٨٢ ، Kuntzel

• • •

(٢) Römer م ٨١ .

فلا حاجة مطلقاً إلى إرادة تحول إيجابية وإنما يكفي ألا توجد إرادة عكسية. ويتبين من ذلك بوضوح أن التحول لا يمكن أن يرد على تصرف صوري أو على تصرف أبرمه الطرفان حال عليهما بهذا البطلان (١) .

ويعلق Römer (٢) على هذا النص بما يلي : أما من الناحية الموضوعية materiell فإن هذا الاستبقاء جائز، إذ أن إرادة إنهاء عقد البيع توضح دون شك من خلاله، كما يجب أن يضاف إلى ذلك أن التراضي consensus الوارد على إنهاء العقد الرضائي تنتج نفس الآثار القانونية مثل المباشرة حيث تنطبق، وهذا الأثر هو إنهاء التصرف بقوة القانون ipso iure (٣) .

(ب) إلى تراض عكسي Contrarius consensus

وفي هذا الصدد يستند Paulus إلى نص للابو Labeo شرحه هو يقول :

“Si ego tibi acceptum feci, nihilis magis ego a te liberatus sum”.

وعلى عكس ذلك يقول Paulus :

Fr.23.h.t. : “Immo cum Locatio conductio, emptio venditio conventionione facta est et nondum res intervenit, utrimque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberantur obligatione”.

فعلينا لايو أن المباشرة إنما ترفع دين المباشري Acceptilationsgeber فقط بما يؤدي إلى الظن بأن الالتزامات التبادلية الناشئة عن عقد ملوم للجانبين يمكن أن تتخذ ثوب تعهيد Stipulatio متقابل للالتزام . وعلى عكس ذلك

(١) Römer ص ٨١ و Weil ص ١٢ و Künzel ص ٥ و Fischer ص ٣٢ .

(٢) ص ٨٠ . فارت Windscheid ص ٣٦٧ هامش A .

(٣) عكس ذلك Voas ص ٨٠ مجرد الاتفاق nudum Pactum ليس تصرفاً قانونياً . فهو لا ينشئ حقاً دائماً يصلح للتقاضي وإنما هو يور دفعاً لا يعمل بقوة القانون ipso iure . لهذا فإن كلا النصين عديم الفائدة بالنسبة لنظرية التحول .

يقول Paulus أن المباراة^(١) المنشئة لالتزامات من جانب واحد الواردة على عقد رضائي ملزم للجانبين — لم ينفذ بعد من أى جانب — فتنتج نفس آثار التراضي العكسي من إبراء الطرفين معا إبراء كاملا .

ومثل ذلك يقول يوليان Julian :

1-5.D. de Resc. vend. 18.5. : cum emptor venditori : vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ubi alio quicquam peteret, sed ut evidentiis apparent, acceptilatio in hac causa soni sua natura, sed potesta conventionis valet^٢.

فالمباراة في الشكل الذي يتم به إنهاء الإلتزام اللفظي Verborum obligatio فهي لا ترد مطلقا على العقود الرضائية ومنها بالطبع كذلك البيع . فإذا وردت عليها كانت باطلة باعتبارها مباراة ، ولكننا يجب كما قال Ulpian أن تصح باعتبارها عقدا رضائيا أى إنهاء البيع عن طريق التراضي ، وهذا ممكن لأن العقود الرضائية لا تتطلب أى شكل خاص ، فضلا عن أن إرادة إنهاء البيع قد اتضحت كذلك في هذه المباراة الباطلة — فأثار التصرفين واحدة وهي على وجه التحديد : إنهاء التصرف بقوة القانون ipso iure (٢) .

فكل من هذين النصين لا يتطلب لتحول المباراة الملزمة لجانب واحد إلى تراض عكسي ملزم للجانبين إرادة تحول خاصة ، ولا — من باب أول —

(١) وهي لا تتطلب في الواقع شكلا خاصا . قارن Fischer من ٢٢ و Kuntzel من ٦ و Römer من ٧٩ .

(٢) كذلك Römer من ٨٠ و Unger : القانون الخامس التسوي Öster. pr. R. ج ٢ من ١٥٨ .

إعلان هذه الإرادة . ولكنهما على أى حال يشترطان ضمنا لذلك ألا يقين
وجود إرادة عكسية (١) .

رابعاً : تحول التعميد *Stipulatio* (٢) :

أما النص الأول الذى يدخل هنا فى اعتبارنا فهو نص يولييان :

1. Fr. I § 2 D. de V. O. 45, الذى يذهب إلى أنه إذا أُجيب على طلب التعميد
بجز الرأس فقط وكان التعميد لذلك باطلاً فإنه لن ينشأ عن ذلك حتى
ولا الالتزام طليعى .

وبينا يدرج درنبرج *Dernburg* (٣) هذه الحالة تحت مجرد تغيير الاسم
يحدد *Unger* (٤) فيها استثناء هاماً يريد *Römer* (٥) أن يفسره بتخلف

(١) كذلك *Küntzel* ص ٥ و *Fischer* ص ٤٠ و *Well* ص ١٢ . ولا يمتنع ذلك أن
التصرف المديد يكون مضمونه مختلفاً عن مضمون التصرف الباطل ، إذ أن هذا الحل
يجرى كما هو واضح طبقاً لنية الطرفين .

أما *Brinz* ج ٢ بند ٢٨٣ ص ٣٩٠ فيشك لماذا لا يكون مجرد الاتفاق *nudum pactum*
كان قد أريد بادئ الأمر . أما درنبرج *Dernburg* باندكت ص ٨٨ هامش ٢
فيأخذ هنا بمجرد تحول فى الاسم ، أما *Weisengrün* ص ٣٤ فيقول بالتحول هنا على
أساس وحدة الفرض . لكن *Voss* ص ٥٨ يزعم هنا أنه ليس ثمة تصرف جديد قد حل
على التصرف غير الصحيح .

(٢) ترجمة التعميد *stipulatio* هو عمل شكلى لفظى ينشأ به الالتزام فى ذمة المدين . إذ
يطلب الدائن من المدين تعهده بالانتماء ما فيجبه المدين بقبوله التعهد فينشأ الالتزام .

وترجم التعهد عادة بالاشتراط (عبد المنعم بدر ج ٣) . ولكن المرحوم عبد العزيز
فهمى باشا (المدونة ص ٢٠٧) انتقد هذا التعبير ولكنّه استعمل بدله تعبير الاستبعاد .
إلا أن الدكتور شفيق شحاته لم يقر هذا الاصطلاح (القانون الرومانى ص ١٢٠) واستعمل
تعبير التعهد الرسمى وأشار علينا باستعماله . والواقع أنه أقرب التعبيرات إلى المعنى اللاتينى
وإلى المعنى القانونى . وقد استعملنا هنا تعبير التعميد ، لأن الالتزام ينشأ بأن يطلب الدائن تعهد
المدين ، كما أن اصطلاح *Stipulatio* كان فاصراً فى أول الأمر على سؤال الدائن الموجه
إلى المدين يطلب تعهده .

(٣) باندكت ج ١ بند ١٢٩ هامش ٦ .

(٤) القانون الخامس النموى *Öster. Pr. R.* ج ٢ ص ١٥٨ هامش ٧٢ .

(٥) ص ٧٠ و ٧٨ .

الإرادة (١) ، والاختلاف الكامل بين آثار كل من التصرفين (٢) .
أما Fischer (٣) فيذهب إلى أن هذه ليست حالة تحول على الإطلاق ، لأن
مجرد الاتفاق nudum pactum لا ينشئ لا التزاماً مدنياً ولا التزاماً طبيعياً ،
وأن التحول إلى مجرد اتفاق بالوفاء pactum solvendi لا يمكن أن ينشئ أية
آثار قانونية (٤) .

أما النص الآخر ليويليان فهو :

Fr. I § 4-D. de pec. const. 135 : "cum qui inutiliter stipulatus
est, quum stipulari voluit, non constitui sibi dicendum est, de
constituto experiri non posse, quoniam non animo constituentis,
sed promittentis factum est".

فهو يرفض كذلك تحول التعهد stipulatio الباطل إلى تعهد يدفع دين
سابق (٥) Konstitut ، الذي وإن كان لا يتطلب في الحقيقة شكلاً خاصاً إلا أنه

(١) كذلك Brinz ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) كذلك Rutenbeck ص ٥٠ و Weil ص ١٣ .

(٣) ص ٣٤ .

(٤) فارت Pernice ج ١ ص ٤٠٤ ، Windscheid ج ٨٢ هامش ٤ Kuntzel

ص ٨ و Weisengrün و Girard : Le droit Romain ص ٦٩٧ هامش ٣ .

(٥ - ترجمة) التعهد يدفع دين سابق Konstitut هو اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص هو
الملتزم Constituant دون استعمال عبارات معينة بأن يدفع ديناً سابقاً سواء دينه هو نفسه
Constitutum debiti proprii أو دين شخص ثالث Constitutum debiti alieni .
وهذا الإصطلاح ناشئ من تعبير Constituire ومعناه تعهد يوم . وكان القرض
الأصل منه أن يحصل المدين الذي حل أجل دينه ولم يستطع الوفاء ، على أجل آخر فيتمكن فيه
من الوفاء . وقد جرى البريتور الذائن من سوء نية المدين الذي حل أجل دينه حصل تحت تهديد
دعوى Condictio certa pecunia على أجل آخر ولم يف في آخر موعد منه بدينه وذلك
بمقتضى دعوى actio de pecunia constituta .

وشروط صحة هذا التعهد أن يلتزم الشخص في الاتفاق في عبارات واضحة بالدفء . وكان
في الأصل يجب تحديد موعد الدفء لصحة الاتفاق . ولكن في العصر الروماني أصبح الاتفاق
صحيحاً ولو لم يحدد موعد الدفء . وكان الأصل أن يرد الاتفاق على المبالغ المالية فقط ،
ولكن في العصر الروماني كان يمكن أن يرد على كل ما يمد أو يوزن أو يقاس . وأجاز جوستنيان
وروده على كافة الأشياء . وهو يتطلب بالضرورة وجود دين سابق سواء كان طبيعياً أو مدنياً

مزود بدعوى التعهد بدفع دين سابق *actio de constituta pecunia*.

وهنا تختلف التعليلات كذلك فبينما يتسكلم أغلب الفقهاء (١) عن اختلاف الآثار يتحدث Dernburg (٢) عن مجرد تغيير الاسم . ولما كان التعهد بدفع دين سابق *Konstitut* تصرفا غير شكلي فإن تعليل Pernice (٣) هو الآخر غير صائب (٤) . أما Fischer (٥) فيبين أنه يجب الوقوف عند السبب الذي تضمنه النص نفسه ، إذ أن نية إنشاء التعهد بدفع دين سابق *animus constituentis* قد تحلقت ، ولهذا يكون التحول ممتعا . ويرى أن سبب عدم إجازة التحول في هذه الحالة هو اختلاف الآثار ، إذ أن دعوى التعهد بدفع دين سابق *actio de pecunia* تتضمن جزاء إضافيا قدره ٥٠٪ وهذا ما يتعارض مع افتراض وجود نية إنشاء التعهد بدفع دين سابق *animus constituentis*.

ثم يضيف إلى ذلك أن هذا الطرف وحده لا يمكن أن يبرر استحالة تحول التعهد إلى تعهد بدفع دين سابق وإلا لبسكان Ulpian قد قال ذلك .

وعلى عكس ذلك ترى Weil (٦) أن هذا التعليل بدوره غير صائب . لأن الآثار الرئيسية لكل من التصرفين متقاربة جدا من الناحية الموضوعية *materiell* والواضح من كل الظروف أن الطرفين كانا قد يريدان هذا التحول .

(١) Unger . القانون الخامس النسخى ج ١ ص ١٥٨ و Windscheid بند ٨٢ هامش ١٤ و Rutenbeck ص ٦٣ .

(٢) باندكت — أعلاه .

(٣) ج ١ ص ٤٠٥ .

(٤) Fischer ص ٣٥ و Weil ص ١٤ و Römer ص ٦٩ الذي يرى أن السبب هو اختلاف تصرفات القانون الضيق *stricti iuris negotium* عن تصرفات حسن النية *bonae fides negotium* .

(٥) ص ٣٦ وكذلك Thöl القانون التجارى *Handelsrecht* ج ٢ ص ٦٢٣ و Kuntzel ص ١٧ .

(٦) ص ١٤ .

خامسا : تحول وصية الجندى :

وهنا يعرض لنا النص :

l.3 Dig. de testam. militis 29.1. (Ulpianus libro 2 ad sabianum): "si miles, qui destinaverat communi iure testari, ante defecerit, quam testaretur, Pomponius dubitat, sed cur non in militi diversum probet? neque eium, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renunciavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus, quemadmodum plerique pagani solent, quum testamentum faciunt per scripturam, adjicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere, nec quisquam dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse; nam secundum nostram sententiam etiam, D. Marcus rescrescit".

يفضى Ulpian على عكس پومپونیوس Pomponius أن الوصية الصادقة من جندى — أراد أن يوصى طبقا للشرعية العامة — وبالباطلة طبقا للقانون المدنى تسبق باعتبارها وصية جندى التى لا يلزم فيها شكل خاص .

فوجهة نظر Ulpian هى إذن أن الإرادة الأخيرة للجندى ، الذى أراد إنشاء وصية طبقا للشرعية العامة وتوفى قبل أن يتمها ، تسبق باعتبارها وصية الجندى ذات الامتيازات الخاصة ، دون أن يتطلب لذلك أن تكون إرادة الجندى اتجهت بأى حال إلى ذلك ؛ فهنا يتم التحول إذا لم تعترضه إرادة عكسية (١) .

(١) Römer ص ٨٥ و Fischer ص ٢٩ و Küntzel ص ٤ و Weil ص ١٦ : إن مقارنة هذه الحالة بحالة شرط الإلحاق أمر غير مقبول ، لأن التحول إنما يتم فى حالتنا هذه بدون اتجاه إرادة خاصة إلى ذلك (Römer ص ٧٦) . لهذا استطاع Pernice ص ١٠٩ أن يقول أن هذه الحالة يجب أن تعالج بطريقة مختلفة عن حالة شرط الإلحاق . ويمكن أن يؤدى إلى هذا الخلط التشابه الظاهرى فى كل من الحالتين ، إذ فى ذلك الحين كان الإلحاق لا يتطلب (بصرف النظر عن الكتابة) شكلا خاصا كما هو الأمر فى وصية الجندى (Römer ص ٨٦ و Fischer ص ٣٩) .

ويعلل Römer (١) أنه في هذه الحالة لا تتطلب إرادة خاصة تكون قد اتجهت إلى ذلك (التحول) ، بأن آثار وصية الجندي هي في جوهرها نفس آثار الوصية الشكلية طبقاً للشريعة العامة إذ تنشأ عن كليهما نفس العلاقة القانونية وهي التوريث المباشر الوارد على مجموع أموال *directe successio per Universitatem* . أما الفارق بينهما فهو في جوهره فارق شكلي (٢) . أما الطرفان فلم يريدوا الشكل — لم يريدوا الوسيلة في حد ذاتها — وإنما باعتبارها وسيلة لتحقيق غرض ، فهما أرادا هذا الغرض فقط . ويؤكد وجهة النظر هذه نفس عبارات النص « ... neque eum » . على أن الأمر لم يكن تام الوضوح في نظر الفقيه ، إذ بدلا من أن يقول أن الموصى أراد على وجه القطع الغرض فقط دون الشكل ، قال أنه أراد كل شكل يؤدي إلى هذا الغرض . لهذا لا يمكن القول بأن الجندي أراد أن يتنازل عما له من ميزات كجندي حتى إذا ما أوصى طبقاً للشريعة العامة (٣) .

أما Weisengrün فيرى أن التحول إنما يجوز في هذه الحالة لأن آثار كل من التصرفين واحدة (٤) ، وعلى عكس ذلك يرى Fischer (٥) أنه لو صح ذلك لما كان هناك تحول . ونقطة البدء عنده أنه يفرض أن امتيازات نظام توريث الجنود تظل قائمة حتى ولو أنشأ الجندي وصية عادية (٦) ، إلا أنه رغم ذلك يظل الفارق قائماً في أن وصية الجندي إنما تصح فقط في حالة الوفاة في الخدمة أو في السنة التالية لتسريحه طالما كان ذلك مشرفاً . فتعليل Ulpian يقتصر على أن

(١) ص ٨٦ .

(٢) موضوعياً فقط في نطاق أن وصية الجندي حتى من حيث مضمون الوصية — كانت تتمتع بامتيازات خاصة أيضاً .

(٣) Küntzel ص ٥ و Fischer ص ٣٠ : أما أن النص يتحدث عن عدم تنازله (عن الامتيازات) لا عن إعلان مصيب كما يقول Brinz (ج ٢ ص ٣٩٠) فلا يمكن الموافقة عليه إذ أن الإعلان هو نفسه للمصيب .

(٤) ص ٢٣ : ويذهب إلى أن وصية الجندي وإن كانت حقيقة من تصرفات الإرادة الأخيرة إلا أنها من نوع آخر مختلف تمام الاختلاف عن وصية الشريعة العامة التي لا تنفق معها إلا في الغرض فقط .

(٥) ص ٣٠ .

(٦) Weisengrün أعلاه .

الظروف لا تتم عن وجود إرادة عكسية ، كما أن التنازل عن امتيازات الجندي لم يرد عنه بصفة خاصة أى كلام .

وعلى أى حال فإن Weil (١) تنازع في هذا الفارق الذى يؤكد Fischer (٢) مبيته أن الرجوع في شأن تصرفات (Verfügungen) الإرادة الأخيرة إلى وقت الوفاة دون وقت إنشاء تلك التصرفات (Verfügungen) إنما يفيد أن ذلك التقييد الزمنى إنما هو شرط فقط وليس أثرا . والفارق الحقيقى في رأياها هو أن وصية الجندي لا تسرى عليها قاعدة nemo pro parte .

وعلى أى حال فإننا نجد في هذا النص حالة تحول حقيقى بالمعنى الفنى الحديث .

خلاصة :

يبين لنا بحث هذه المصادر أن الرومان قد عرفوا نظام التحول معرفة ناشئة عن إحساسهم القانونى على الأقل . فالتحول كان إذن جائزا إذا ما كانت الأغراض المقصودة (بالتصرفين الباطل والجديد) تقع في نفس الاتجاه ولم يتحقق من وجود إرادة عكسية أو ظروف يكون التحول تبعا لها خارجا عن مقصود المتعاقدين .

كما أن مبدأ Forma dat esse rei (الشكل يعطى الوجود للعمل) لم يحل دون استبقاء التصرفات الشكلية الباطلة باعتبارها تصرفات غير شكلية في نطاق مبدأ التحول (٣) .

أما إلى أى حد تؤيد هذه المصادر التحول أو تنفيه فلا يدخل في نطاق هذا البحث إنما يكفي أن نقرر أن الرومان قد عرفوا مبدأ التحول وعرفوا كيف يفيدوا منه .

(٤) Weil ص ٩٦ .

(٥) آمله .

(١) Fischer ص ٣٨ و Weil ص ١٧ و Voss ص ٦٠ يرى أن هذه المصادر

ليست إلا قواعد تفسير .

الفصل الرابع

ثانياً: في فقه العصور الوسطى^(١)

لقد ساهم القانون الكنسي في العصور الوسطى بنصيب قوى في تشكيل تطور القانون الرومانى . فقد خفف من حدة الأشكال الرومانية ومنح الإرادة دوراً كبير الأهمية . وقد عرفت فيه آثار التحول عن طريق القسم *iuramentum* وشرط استبقاء التصرف على أحسن وجه ممكن . ففي حالة القسم يظل المتعاقد ملتزماً بسبب القسم حتى بعد بطلان التصرف . أما تطبيق شرط استبقاء التصرف على أحسن وجه ممكن ، مثل شرط أن يصح التصرف في كل صورة أحسن ،

“*Omni melliori modo actus valeat*”

“*valeat omni iure quo melius valere potest*” ،

أو في كل صورة ممكنة ،

“*iubeo ratum esse quaecumque ratione et quam optime potest*”

وغيرها فقد أدى إلى انقضاء التصرفات من البطلان إذ يؤدي إلى الإبقاء على التصرف في كل صورة صحيحة ممكنة أو في أحسن صورة ممكنة . أما أشهر تطبيق لهذه الشروط فهو وصية جان جاك روسو J. J. Rousseau ، التي ذكر فيها أن الوصية يجب الإبقاء عليها في حالة بطلانها في كل صورة أخرى صحيحة . إلا أن آثار التحول كانت تقع في الحالتين نتيجة للإرادة الحقيقية المتجهة إلى ذلك على أى حال .

أما فيما يتعلق بالمصادر الرومانية فيستعرض نظرنا حكايا لانتين من البابوات إذ حكم إنوسنس الثالث Innozenz III بأن الزواج الباطل بسبب قصر الزوجة يصح باعتباره خطبة^(٢) وقد وافق بونيفاسيوس الثامن Bonifacius VIII على هذا وإن كان ذلك في عبارات عامة .

(١) Satta : تحول التصرفات القانونية من ٥٨ — ٦٧ .

(٢) انظر أعلاه : الفصل الثالث أولاً : كان يشترط لصحة الزواج بلوغ الزوجة سن الثانية عشرة من عمرها بينما يشترط لصحة الخطبة أن يكون سنهما سبع سنوات فقط .

الفصل الخامس

ثالثاً: في الشريعة الألمانية العامة^(١)

لقد عمد فقه الشريعة العامة في مجال التحول ، كما فعل في غيره من مجالات

(١) الشريعة العامة das gemeine Recht هو النظام القانوني الذي كان سائداً في الدول الألمانية قبل وضع مجموعة القانون المدني الألماني على ما سبق يسائه . ويقابل هذا التعبير ما يعرف في إنجلترا بالـ Common Law وفي فرنسا droit commun . وترجم هذه العبارات عادة بالقانون العام مما يؤدي إلى الخلط بين هذا النظام وبين القانون العام drt. public المقابل لقانون الخاص drt. privé . والواقع أن الاصطلاح العربي هنا ضيق جداً ومؤد إلى التوضيح واللبس . وقد أشار علينا الدكتور شفيق شحاته باستعمال تعبير الشريعة العامة . والواقع أن هذا التعبير أكثر توفيقاً من تعبير القانون العام ، ويؤيده تاريخ القانون الإسلامي . فالشريعة هي النظام القانوني القائم على مبادئ الإسلام والذي كان سائداً في كافة الدول الإسلامية بغض النظر من ظروف كل منها الخاصة . وكانت هي الواجبة التطبيق بجانب أوامر ولي الأمر الذي كان يستطيع أن يرجع عند الخلاف أو يقيم التعميم على أساس من المصالح الرسمية (نظرية المالكية) أو الاستحصان (عند الحنفية) . فأوامر ولي الأمر هي صاحبة المقام الأول تليها الأحكام العامة التي تطبق عند عدم وجود هذه الأوامر . إلا أن سرعان هذه الأوامر مقيد بطبيعة الحال بعدم مخالفة الكتاب والسنة وإجماع المسلمين . إلا أنه قد يصب هذا التعبير وصف الشريعة بالعامة وإن كان هذا الوصف أقرب إلى الاصطلاح العربي . وقد يكون من الأنسب أن تسمى بالشريعة المشتركة خاصة وأن تعبير المشترك يقابل اصطلاحات Commun , Common, gemein وهي تفيد عموم الشيء بين الناس جميعاً لاشرائهم جميعاً فيه ، فمفكرة المشاركة هي أساس المصوم في هذه الاصطلاحات ، فضلاً عن أن هذا الاصطلاح يكشف عن طبيعة هذا النظام . فهو يفترض وجود نظام قانوني كامل يسرى في جميع أنحاء الدولة تشترك جميعاً فيه عند عدم وجود قوانين خاصة بكل منها تسبده ، ويكون هو الأساس النافذ عند عدم وجود مثل هذه التشريعات الخاصة . لهذا نقض أن نطلق على هذا النظام اصطلاح الشريعة المشتركة وإن كنا قد استعملنا هنا تعبير الشريعة العامة . ويختلف هذا الاصطلاح عن اصطلاح آخر هو das allgemeine Recht ويقابل تعبير drt. général كما هو الأمر في قانون بروسيا الصادر سنة ١٧٩٤ والذي كان سارياً في دولة بروسيا والأقاليم التابعة لها . ونرى ترجمة هذا الاصطلاح بالقانون العمومي . فهو يختلف عن الشريعة المشتركة في أنه يتقدم التشريعات الخاصة للأقاليم ولا تتقدمه هي بعكس الحال في الشريعة المشتركة .

القانون إلى المصادر الرومانية فحصها وبخشا ثم قعدما . والظاهر أن هذا التطور قد اتخذ مجراه في نطاق التحول دون أن يتأثر بأى طابع جرمانى (١) . وبزوال الأشكال الرومانية التي عاقت تطور نظام التحول ، زالت كذلك حالات كثيرة من حالات عدم الصحة التي كانت تتيح الفرصة لتطبيق مبدأ التحول (٢) .

أما كتاب الباندكت Pandektisten الأول ، فغير متفقين فيما يتعلق بمبدأ التحول أو تحديده عن غيره من المبادئ الأخرى . فقد حاول الفقه القديم أن يخرج عن قيود النصوص الرومانية حين أجاز تحول الوصية الباطلة إلى إلحاق حتى دون أن يتجه إلى ذلك إرادة خاصة . ولكن المحاولة تعثرت لأن حالة شرط الإلحاق كانت تختلط باستمرار بحالة التحول الحقيقي . فضلا عن أن وجهة النظر التي كانت سائدة حينذاك من ضرورة وجود نية تحول حقيقية reale animus convertendi عاقت تطور التحول ؛ لولا أن قامت في ذلك الحين بالذات فقط ارتكاز لصالح التحول (٣) .

أما اصطلاح ، تحول التصرف القانوني conversio actus iuridici ، فنجدته لأول مرة ، في بحث صادر سنة ١٧٤٧ لكرستوفر فريدندهارپرشت Christopher Ferdinand Harpprecht الأستاذ بجامعة توبنجن Tübingen جا . فيه :

“de es quod iustum est circa conversionem actuum negotiorum que iuridicorum iam peractorum”.

(١) جذر بالملاحظة أن الفقه الألماني في عهد الشريعة المشتركة ، هو الفقه الوحيد الذي عرف نظام التحول وجعل منه مبدأ عاما . أما الفقه الفرنسي فإنه حتى الآن لا يقر هذا الفكرة . أما مجموعة نابليون فلم تعالج التحول إطلاقا ، وكذلك مشروع القانون المدني الفرنسي الجديد الذي رفض الأخذ بهذا المبدأ دون تحليل صائب . فإن مجموعة الأعمال التحضيرية للجنة مشروع القانون المدني الفرنسي . وقد قال مازو Mazeaud أن هذه الفكرة خاطئة وغير ذات فائدة (راجع فيما بعد) . أما الفقه الإيطالي فقد عرف التحول لأول مرة في مجموعة القانون المدني الصادرة سنة ١٩٤٢ أخفا عن القانون الألماني . أولا يمكن أن يدل هذا على أن ثمة عوامل جرمانية خاصة لعبت دورا كبيرا في قيام وتطور هذا النظام ؟

(٢) Fischer ص ٣٨ و Weil ص ١٧ .

(٣) Fischer ص ٣٩ و Kuntzel ص ١٣ و Weil ص ١٧ .

فيقول Harpprecht أن التحول يقع إذا ما كان الغرض المقصود من التصرف يمكن تحقيقه بوسائل قانونية مختلفة . وكان الطريق الأول *Modus* الذي اتجه إليه المتعاقدان بالذات وقصداه في المحل الأول ، قد غلب بسبب عيب لازمه ، ولكن كان يمكن أن يظل قائما باستعمال طريق *Modus* آخر يتطلب شكلا أخف . ولا يؤثر في ذلك حتى لو تغير التصرف بسبب ذلك تغيرا قليلا وألا يظل ما كان يجب أن يكونه في المحل الأول ، متى تحقق الغرض المقصود ولو بصفة عامة فقط (١) . ويشترط عموما لذلك فقط (١) أن يظل شكل *Forma* التصرف الجديد من الناحية الذاتية *subjektiv* والموضوعية *objektiv* كما كان متضمنا في التصرف الأصلي *ex asse complectatur* . والمقصود بالشكل *Forma* هنا العناصر الأساسية للتصرف التي تعتبر مرتبطة بالرضا شرطا لوجوده وبدونها لا يكون ما هو ، أى : *ipo rei essentia cum existentia coniuncta* : *eiusque conceptus sine id, per quod res est en, quae est* . (٢) ألا يكون من صدر عنه التصرف قد استبعد هذه الصورة *Modus* الجديدة للتصرف صراحة أو ضمنا .

وإلى Harpprecht ينضم هوفاك (٣) Hofacker الذي يرى أن جوهر التحول إنما هو في التحقيق الجزئي للغرض المقصود من التصرف الباطل عن طريق تصرف آخر يتطلب أركانا أقل *acrus minus principaliter gestum* ؛ ويستلزم في ذلك أن تتوفر العناصر الذاتية والموضوعية للتصرف الجديد في التصرف الباطل توافرا كاملا . وإلى جانب الحالة التي ينص فيها صراحة على أن يصح التصرف في جميع الصور الممكنة كما في شرط الإلحاق *Kodizzilar klausel* ، يميز التحول كذلك إذا كان نوع *art* التصرفين الباطل والجديد واحدا . وأخيرا كذلك إذا لم يشترط صراحة أن يصح التصرف في الصورة الأصلية فقط .

أما تمييز التحول عن النظم المقاربة له كالإلحاق الجزئي (الإنقاص) ومجرد

(٥) فارن Fischer ص ٣٩ .

(٦) مبادئ القانون المدني الروماني - الألماني *Principia iuris civilis Romano-Germanici* بند ٢٢١ ص ١٧٤ . فارن Fischer ص ٤٠ .

التفسير ، فقد كان في بادىء الأمر عسيراً على فقهاء الشريعة العسامة . فيرى ثيباوت^(١) Thibaut أن التحول إنما هو الإبقاء على الجزء المطابق للقانون في تصرف غير مطابق في باقية القانون ، وأنه تصرف آخر يختلف عن التصرف المقصود . أما بوختا^(٢) Puchta فيدرج التحول تحت البطلان الجزئى ويتطلب لإجرائه شرط الإلحاق *Clausula codicillaris* ، ثم يتطلب فضلاً عن ذلك أن يكون التصرف الجديد من نوع *Art* آخر غير نوع التصرف الباطل^(٣) ،

ولكن لا يمكن القول بأن هؤلاء الكتاب قد دخلوا التحول بالبطلان الجزئى خطأ تاماً ، فإنهم أقرروا التحول باعتباره مبدأ قائماً بذاته . كل ما في الأمر أنهم أدرجوه تحت البطلان الجزئى الذى اعتبروه فكرة أعم ، وهذا في حد ذاته ، هو الذى يعتبر غير صائب^(٤) . وهذا ما لاحظته بحق فيشر Wächter^(٥) إذ قال : يختلف التحول عن البطلان الجزئى اختلافاً جوهرياً ، ففي البطلان الجزئى يستبقى التصرف الأول والمقصود أصلاً جزئياً لأنه صحيح جزئياً ، إذ أنه غير صحيح من حيث الكم *quantitativ* فقط : أما في التحول ، فإن التصرف الأول والمقصود أصلاً ، باطل بهذا الاعتبار ، ويدور الأمر حول الإبقاء عليه باعتباره تصرفاً آخر تماماً .

أما تحديد التحول بالمقارنة إلى مجرد التفسير فيبدو أكثر غموضاً . فبينما يفرق بحق Holzshuber و Wächter وعلى الأخص رجسبرجر Regelsberger حالات التسمية المطلق للتصرف عن التحول ، ينتهى Dernburg^(٥) إلى أن الأمر لا يدور حول تغيير التصرف ذاته وإنما حول استبقاء التصرف نفسه تحت اسم

(١) باندكت ج ١ بند ٨٠ .

(٢) باندكت ج ١ بند ٦٧ ص ١٠٥ ، محاضرات بند ٦٧ رقم ٥ .

(٣) كذلك Arndt وخاصة Wächter (باندكت ج ١ بند ٨٤) حين يقول أن تصرفاً آخر صحيحاً يخفى في التصرف الباطل .

(٤) Weil ص ١٧ . وفي الفقه الحديث يعتبر ليان Lehmann (الجزء العام ص ١٥٤) أن التحول هو حالة خاصة للبطلان الجزئى .

(٥) القانون المدنى لفرنبرج Würt. Pr. R ج ٢ ص ٦٧١ .

(م — ٥ تحول التصرف القانونى)

آخر . فعل القاضى أن يسترجع وجهات النظر التى بمقتضاها يتحقق التصرف صحيفاً الذى تصوره الطرفان تصوراً غير صحيح (١) .

وفى هذا يدور الأمر فى حقيقته على الإبقاء على التصرف نفسه لا على تحوله . وهكذا يخلط Dernburg باللفظ فى التسمية *als demonstration* التى يكون من سلطة القاضى أن يصححها من تأمده نفسه دون حاجة إلى نص تشريعى خاص ، والتى كان فقه الشريعة العامة نفسه يفرق بينها وبين التحول . وكذلك فإن ما يسميه Dernburg « بالتحول من حيث الموضوع *Konversion der Sache nach* كما يسمى حق أحد الطرفين فى تغيير عقد قائم وفقاً لمطلقى رغبته ، لا صلة له بالتحول الحقيقى ؛ إذ فى تلك الحالة يتم التغيير القانونى ، طبقاً لإرادة تعاقدية خاصة لأحد الطرفين (٢) .

أما وجهة نظر Windscheid^(٣) فقد كانت ذات تأثير كبير على تشكيل التحول فى المشروع الأول لمجموعة القانون المدنى الألمانى . أما تعريفه فغير صحيح على الإطلاق ، إذ مقتضاه أن التصرف الأصلى يستبقى باعتباره ذلك التصرف الذى لم يفكر فيه الطرفان : إذ تسترجع ناحية من التصرف نفسه لم تكن مكشوفة *eine nicht offenliegende Seite* . فعدم الصحة يقوم إما بالنسبة للقانون فى إطلاقه ، وإما بالنسبة لتلك القاعدة القانونية التى كانت تحت نظر من عقد التصرف فى بادئ الأمر . إذ أن التصرف لم يستوف العناصر التى تتطلبها تلك القاعدة القانونية فى التعريف ليكون تصرفاً صحيحاً ؛ وإنما يوافق *entspricht* على عكس ذلك العناصر التى تتطلبها قاعدة قانونية أخرى ، تنتج عنها نفس الآثار القانونية . وفى استبقاء التصرف طبقاً لهذه القاعدة القانونية الأخيرة ، إنما تنبع الإرادة الظنية (الاحتمالية) *vermutlich* لماعده .

أما إقامة المسألة على أساس القاعدة القانونية التى كانت تحت نظر العاقدين لا على أساس تحقيق ما كانا يقصدانه من غرض ، فليس بالعمل ولا بالصحيح (٤) .

(١) بانديكت Pand. ج ١ ص ٢٨٨ .

(٢) فارت Fischer ص ٤٤ و Kuntzel ص ١١ و Weil ص ١٧ .

(٣) بانديكت Pand. بند ٨٢ رقم ٥ .

(٤) Fischer ص ٤٦ و Kuntzel ص ١٧ .

فعند ما يطبق القاضي على التصرف قاعدة قانونية أخرى لم يفكر فيها الطرفان فلا صلة لذلك إطلاقاً بمجوهو التحول، كما لو سمي التصرف باسمه الصحيح قانوناً بدلاً من التسمية غير الصحيحة التي اختارها الطرفان. ولهذا يمكن إدراك لماذا رأى Windscheid صادراً عن وجهة النظر هذه أن تغيير التحول Konversion ليس موفق الاختيار، فالتصرف سوف يستبقى هو نفسه باعتباره ما هو وإنما تسترجع صفحة منه لم تكن مكشوفة. وهذا صحيح فيما يسميه Windscheid تحولاً ولكنه غير صحيح فيما يفهمه فقهاء الشريعة العامة من هذا المدلول. أما في الحالات الفردية فيقدم لنا Windscheid صور تحول حقيقية ويقول أن الآثار يمكن أن تتغير تبعاً لتطبيق القاعدة القانونية الجديدة إذا ما انفقت في جوهرها مع تلك القاعدة الأولى التي كانت في نظر المتعاقدين في بادي الأمر. بينما لا يكون ثمة مجال للسلام عن التحول إذا كانت الآثار مختلفة النوع Art كلية (١). أما حدود التحول فواضحة التعيين وقد تركت في الحالات الفردية إلى حد كبير للتفسير (٢).

ويقدم لنا برنتز Brintz (٣) تعريفاً يبلغ كذلك الغاية في الغموض: «التحول هو التغيير الذي يمكن أن يطرأ على التصرف حال إنشائه أو حتى قبل إتمامه بحيث يصبح تصرفاً آخر غير الذي قصد intendiert أولاً. فالتغيير في ذات Charakter التصرف وهو هنا في تعارض لفظه مع حقيقة حاله يعني هنا التحول». ثم يعقب على ذلك في ملاحظته على عبارة قصد intendiert ist: «وفي هذه الحدود يمكن تقرير تغيير التحول». ثم يخلط بين حالة التحول وحالة شرط الإلحاق (٤) واللفظ في التسمية (٥) والبطلان الجزئي كذلك. ثم يستعمل تغيير التحول Konversion في حالة تغيير التصرف بتغيير إرادة جديد لاحق إذ يقول: (٦) «ومن الممكن هنا كذلك أن يكون قد قصد — عدا التصرف الباطل —

(١) Weil من ١٨ و Fischer من ٤٦.

(٢) Fischer من ٤٦ و Weil من ١٨.

(٣) باندكت ج ٩ من ٣٩٠.

(٤) يقول أن الحالة الوحيدة الوثيقة للتحول يقدمها لنا شرط الإلحاق.

(٥) إذ يقرن بالتحول حالة تغيير عقد شركة إلى شركة مساهمة طبقاً للفقهاء أنفسهم.

(٦) باندكت ج ٤ من ٢٣٤ يمسك النصوص التي ذكرناها أعلاه.

ذلك التصرف الآخر على وجه الاحتمال ، أو أن يكون التصرف الأول المستحيل قد قصد من حيث الإسم فقط أما التصرف الثانى الممكن فقد قصد من حيث الموضوع (وهو ما يمكن أن يقع بسهولة بسبب عدم الإلمام بالقانون) أو يكون فى قصد الأول قصد للآخر فى نفس الوقت إذا ما كان التصرف الثانى لا يستهدف أساسا غرضا آخر غير ما يستهدفه الأول .

أما أفضل تحديد للتحويل فى فقه الشريعة العامة فقد وضعه Regelsberger (١) . يمكن أن تتضمن واقعة التصرف القانونى فى ذاتها — التى لا تستطيع تحقيق التصرف القانونى الذى قصده الطرفان — عناصر تصرف آخر مشابه ، فهل يمكن فى هذه الحالة الإبقاء على التصرف فى هذه الصورة Gestalt الثانية ؟ عند الشك يجب القول بهذا الاستبقاء إذا كانت النتيجة Erfolg العملية التى قصدها الطرفان يمكن تحقيقها فى جوهرها عن طريق التصرف الآخر . إذ يفترض أن العبرة لدى الطرفين كانت بالفرض Zweck لا بوسيلة معينة لتحقيق هذا الفرض ، بل وأنهما يفضلان الوصول إلى جزء من هذا الفرض عن الإخفاق الكامل فى ذلك ؛ ولا شك أن هذا الاستبقاء لا يكون جائزا إذا اعترضته إرادة الطرفين . وبهذا يؤكد بحق وجهة النظر القائلة بأن التحويل يخرج عن التفسير لأنه يتم فى معنى im Sinne إرادة المتعاقدين لا طبقا لها Gemäss .

أما Dernburg (٢) فيذهب إلى أن وجهة نظر Regelsberger غير صحيحة ، من أن التحويل يقع كما يقع تطبيق القانون بطريق القياس ؛ إذ لا يقع طبقاً للإرادة بل فى معناها . فالتحويل إنما يحقق فقط إرادة المتعاقدين من إيجاد خير وسيلة ممكنة للقانون المنطبق . أما القياس فى تطبيق القواعد القانونية فهو ضرورى إذ يتعين العثور على قاعدة قانونية تنطبق فى كل حالة . أما القياس فى تطبيق الإرادة التعاقدية فغير جائز مطلقا (٣) .

(١) باندكت ج ١ ص ٦٢٨ .

(٢) باندكت أعلاه .

(٣) وبلاحظ Fischer ص ٤٥ فى هذا أن Dernburg بذلك يجادل أن نظام التحويل يمكن بالذات إكمال مضمون العقد (قانون العقد lex contractus) بطريقة مماثلة كما أن القياس يكمل بالمعنى الحقيقى ، مضمون القانون objektives Recht .

وتختلف الآراء كذلك أشد الخلاف حول العناصر الموضوعية materielle :
فالتصرف المقصود أصلا والذي تجرد عن إنتاج آثاره القانونية يوصف بأنه غير منتج
لآثار unwirksam أو غير صحيح ungültig أو باطل nichtig أو معيب mangelhaft .
دون أن يكون لهذه الاصطلاحات المختلفة معنى خاص في الحالة الفردية ، ورغم
عدم وجود اتفاق على دلالة هذه الاصطلاحات ، ويسود الخلاف فيما يتعلق بعناصر
التصرف الثاني المطلوب استبقاؤه ، رغم أن هذا الأمر ذو أهمية خاصة في إجراء
التحول ، إذ يتوقف على الإجابة عليه إمكان تطبيق التحول في العمل . إذ متى
استوفيت عناصر التصرف الآخر أمكن استبقاؤه (التصرف الباطل) باعتباره
كذلك (ذلك الآخر) ، وأن أى تشدد في طلب هذه العناصر يؤدي إلى تضيق
إمكانات التحول . وقد تطلبوا بصفة عامة أن توجد في التصرف الباطل كافة
العناصر الموضوعية objektive الخاصة بالتصرف الجديد . أما من هو أشد حذرا
فيتطلب مثل Puchta الأركان الموضوعية objektive Bestandteile فقط
و Weisengrün العناصر الموضوعية objektive Erfordernisse و Römer الشروط الموضوعية
ob. Voraussetzungen . ثم يلاحظ بحق (١) أن تحديداً مجدياً
لهذه العناصر لا يمكن أن يصدر إلا عن فكرة التصرف القانوني نفسها . ولكن
حالما كانت هذه الملاحظات العامة غير مصحوبة بإيضاحات دقيقة فإنها تكون
في الحالة الفردية قليلة الجدوى (٢) . إذ بتحديد عناصر التصرف القانوني بوجه
عام يمكن فقط الوصول إلى تحديد عناصر التصرف الذي يستبقى عن طريق التحول .
فقيم يتعلق بالعناصر الموضوعية يتطلب عند إنشاء التصرف الأول توافر
جميع العناصر التي يستلزمها النظام القانوني في تصرف من هذا النوع ، فيجب
أن يكون الشكل وأهلية التعاقد اللازمة للتصرف الجديد متوافرة . وعلى أى حال
فلم يتطلب أحد أن يكون مضمون التصرف الثاني قد أعلن : ويكون هذا هو الحال
دائما إذا ما أنتج التصرف الثاني آثارا مشابهة لآثار التصرف الأول أو أقل

(١) من ١٦٧ .

(٢) Fischer من ٤١ و Weil من ١٩ و Kuntzel من ١٢ .

منها . وعلى كل حال فإن Weisengrün (١) يشترط أن يحقق التصرف الثاني في أساسه آثارا مقاربة لتلك التي ينتجها التصرف الباطل . ثم يتطلب فضلا عن ذلك وجوب أن يكون الإعلان — في حدود دلالاته على الغرض القانوني وعلى قصد المتعاقدين — كافيا موضوعيا للتصرف الثاني . ويعني بذلك أنه يكفي أن يكون مضمون التصرف قد أعلن في جوهره .

أما فيما يتعلق بالعناصر الذاتية subjektiv فلا اتفاق أقل . فالفقه القديم يحيد عن Hofacker و Harpprecht ويتطلب نية التحول (٢) . ويتطلب ستينيس Sinitis (٣) أن يكون المتعاقد قد دل على قصده سواء صراحة أو ضمنا . أما سيفرت Seaffert (٤) فيطلب أن يقع التحول طبقا لإرادة المتعاقد الإحتيالية ويستلزم Unger (٥) أن تكون إرادة الطرفين قد اتجهت احتمالا إلى التصرف الآخر (٦) .

وقد كان من شأن تطلب هذا العنصر أن يعوق ذلك تطور نظام التحول ، لأن المتعاقد لا يدخل في حسابه عند إنشاء التصرف إمكان عدم الصحة ، وبذلك لا يمكن أن تكون له إرادة قد اتجهت احتياطيا إلى تصرف آخر . فكل هذه الأحوال تخرج عن نطاق التحول . وعلى أي حال فإن هذا الشرط قد أضعف بإقامة قرينة لصالح أو ضد هذه الإرادة .

فيضع Unger (٧) في عقود المداينات Schuldverträge قرينة ضد وجود نية التحول ، بينما يفترض Thöl (٨) على عكس ذلك وجود هذه الإرادة إلى أن

(١) Weisengrün ص ١ و ١٨ .

(٢) ولحق بحيث يقوم الأمر على نية حقيقية يمكن التعرف عليها حتى ولو بدا أنها نية احتمالية تتضع من مضمون التصرف وغرضه ... الخ . ويمكن على وجه التأكيـد التعرف عليها وفارن Fischer ص ٤١ و Künzel ص ١٢ و Weil ص ١٩ .

(٣) ص ١ و ٢١٨ .

(٤) ص ١ و ١١٥ .

(٥) القانون الخامس النموي Öster. Pr. R. ج ٢ ص ١٥٧ الأوراق لحاملها.

Inhaberpapiere ص ٩٠ .

(٦) كذلك Wächter ج ١ بند ٨٤ ص ٤٢٧ .

(٧) الأوراق لحاملها Inhaberpapiere ج ١ بند ٨٤ ص ٤٢٧ .

(٨) ج ٢ بند ٢٦ ص ١٢٤ .

يقوم دليل عكسي . وعلى عكس Thöl ورأيه محل نقد كثير (مثلا من Holzschuher) يتمسك Römer باستلزام إرادة تحول معلنة حتى ولو كانت عامة (طالما أن ذلك ممكن على وجه ما) أو ضمنية^(١) . ونقطة البدء عنده في ذلك أن إعلان الإرادة يتطلب كي يكون صحيحا الإعلان كعنصر خارجي واتجاه الإرادة إلى الغرض القانوني كعنصر داخلي (باطنى) . وهذا التوافق (بين هذين الركنين) متوافر في التصرف المقصود والباطل لعب ما . أما فيما يتعلق بالتصرف الشائى فيوجد الإعلان فقط ، ولهذا يجب بصفة خاصة التحقق من وجود اتجاه الإرادة ولو احتمالا على الأقل إلى إبرام التصرف الشائى ، لأن الإعلان قد صدر أولا دون شك بقصد تحقيق أثر قانونى آخر . وليس ثمة ما يبرر أن ينسب للمعلن أثر مخالف تماما للأثر المقصود باعتباره قد أريد إذا كان لم يعلن هذه الإرادة بطريقة ما . ومع ذلك فإن هذا المبدأ الأساسى يقيد استثناء مقتضاه أنه لما كان شكل التصرف ليس غرضا فى ذاته وإنما مجرد وسيلة إلى الغرض ، ولما كانت التصرفات القانونية تعقد لمجرد تحقيق تغيير قانونى معين والوصول إلى غرض قانونى محدد ، فينتج عن ذلك مبدأ جوهرى فى الفقه القائم (فقه الشريعة العامة) ، هو أنه : إذا لم يصح التصرف القانونى ، ولكن توافرت فى إعلان الإرادة المذكور (الصادر بصد هذا التصرف) العناصر الموضوعية لتصرف آخر ، فإنه (التصرف الأول) سوف يستبقى باعتباره . ذلك دون حاجة إلى إرادة الطرفين المتجهة بوجه خاص إلى ذلك ، طالما أن نفس التغيير القانونى ، نفس الأثر القانونى سوف يتحقق بهذا التصرف الثانى . وصحة هذا المبدأ لا يمكن أن يجعلها أحد محل نزاع ، الذى لا يجرؤ أن يزعم أن شكل التصرف غرض فى ذاته وليس مجرد وسيلة إلى الغرض ، وأن الروح تقوم إطلاقا فى خدمة الشكل^(٢) .

ويريد Weisengrün أن يعتبر التصرف الجديد قد أريد حتى دون حاجة إلى إرادة الطرفين المتجهة خاصة إلى ذلك ، وينظر إليه باعتبار أنه أبرم من أول الامر ، طالما أنه يستهدف نفس الغرض القانونى ويحقق من حيث الأساس آثارا

(٢) Fischer ص ٤٢ و Weil ص ١٩ و Künzel ص ١٤ .

(١) Römer ص ٧٩ .

مشابهة . وهنا يتضح بجملة أن الأمر يدور حول إرادة تصورية fingierten أو مفترضة Konstruierten (١) .

وحين يؤكد إنكزيروس (٢) Banecerus أن الأمر لا يدور حول أثر تشريعي وإنما حول أثر إرادة لا يحققه القانون كاملاً فلا يريد بذلك أن يضع الصور أو الافتراض في هذه الإرادة محل نزاع (٣) .

أما هولدر Hölder فيقيم الأمر مباشرة على إرادة تصورية وافتراضية (٤) حين يقول « أن التحول يكون بأن يقام بدلا من المضمون المقرر والعاجز عن اكتساب الصحة القانونية ، مضمون آخر قادر على اكتسابها ، إذا أمكن اعتبار هذا المضمون الذي لم يكن في بادئ الأمر قد أريد ، كما لو كان قد أريد في حالة ما إذا كان المضمون المراد في بادئ الأمر لم يستطع اكتساب الصحة القانونية ، وتقترب هذه الصيغة إلى حد كبير من تلك التي تتضمنها الآن المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني (٥) .

ولكن هل كانت قاعدة التحول هذه كما قامت في فقه الشريعة العامة قاعدة تشريعية أم قاعدة عرف ؟ يزعم Voss أنها لم تكن قاعدة تشريعية لأن القاعدة القانونية الخاصة بالتحول لا تقوم على نص في الجامع القانوني corpus iuris ولا على نص تشريعي آخر ؛ رغم أن فقهاء الشريعة العامة وخاصة Windscheid بالذات يستندون في تأسيسها إلى المصادر الرومانية . فهو يرى أنها كانت في فقه الشريعة العامة مجرد قاعدة عرف قامت على أساس قواعد التفسير (٦) .

وفي نهاية سياتي تطور الشريعة العمامة ننتهي إلى تعريف Römer

(١) Weisengrün من ٣٠ . فون في ذلك Fischer من ٤٢ و Weil من ٢٠ .

(٢) التصرفات القانونية Rechtsgeschäfte من ١٥٧ .

(٣) Fischer من ٤٣ .

(٤) باندكت . بند ٨٨ من ٣٠٤ .

(٥) Fischer من ٤٣ و Weil من ١٦ و Kuntzel من ١٥ . وكذلك Keller

(باندكت ج ١ من ١٤٥) يستقي التصرف الثاني « إذا لم تعرض الإرادة ذلك » .

(٦) Voss من ٦٢ .

و Weisengrün . فيعرفه Römer (١) بقوله : إذا كان التصرف الذي كان إنشاؤه مقصودا من الطرفين باطلا بسبب عيب ما ، فيمكن أن يكون الأمر هو أن يحمل نفس التصرف في ذاته ، في الصورة التي خرج بها إلى الوجود (من حيث المظهر) جميع عناصر تصرف آخر غير التصرف المقصود ؛ ويمكن أن يظل قائما باعتباره هذا التصرف الآخر ، . أما تعريف Weisengrün (٢) فأكثر وضوحا ودقة فيقول : إذا كان التصرف المقصود بادئ الأمر والذي عقد — ورغم ذلك كان باطلا — مستوفيا في نفس الوقت العناصر الموضوعية لتصرف آخر ، فيكون هذا الأخير — طالما أنه يستهدف نفس الفرض القانوني ويحقق من حيث الأساس آثار مشابهة — يمكن اعتباره قد أريد ، دون إرادة الطرفين التي تنجم خاصة إلى ذلك ؛ والنظر إليه باعتبار أنه هو الذي أبرم من بادئ الأمر .

ويسرعى اهتمامنا كذلك حكان المحكمة العليا للدولة RG. تحت سلطان الشريعة العامة . في القضية الأولى (RG.Z. 54/148) ألزم المشترون في عقود شراء أموال أن يتحملوا كل بحسب نصيبه ما يثقل المال من عبء ، فأقرت المحكمة للبائع — بدلا من التكاليف العيني غير الصحيح — معادلا آخر في صورة بيع مالي ثابت أو في رفع ثمن الشراء (بمراعاة المادة ٩١ من قانون التطهير البروسي الصادر في ٢ مايو سنة ١٨٥٠) . فالأمر يدور حول تحول إلى مضمون آخر تنطبق عليه جميع القواعد العامة للتحول . أما في الحكم الآخر (RG. 16/169) فقد استبقت المحكمة وهنا (حيازيا) باطلا واردا على حق رهن غير حيازي Hypothek (طبقا للقانون البروسي) إلى حق حبس (٣) .

(١) ص ٦٦ .

(٢) ص ٥ .

(٣) وهناك حالة جديدة للتحول في الفريسة العامة هي تحول الكمبيالة الباطلة . انظر

فيها يتعلق بذلك فيما بعد .

الفصل السادس

رابعا : تقنين التحول

لقد وجد التحول تنظيما تشريعا لأول مرة في المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني. ولكن يتعين علينا أن نبدأ بعرض تطور هذا المبدأ في المجموعات التشريعية السابقة على مجموعة القانون المدني الألماني ، ثم نبين تاريخ المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني ثم تتبع ذلك التنظيم التشريعي في المجموعات القانونية الأخرى اللاحقة على مجموعة القانون المدني الألماني .

اولا : قبل مجموعة القانون المدني الألماني

إن تقنينات الدولة الألمانية السابقة على مجموعة القانون المدني لم تمنح التحول عناية خاصة أو هي في الواقع لم تلتفت إليه إطلاقا .

١ — قانون دولة فرتمبرج (Württemberg) das württ. Landrecht يتضمن نصوصا عن شرط الإلحاق، وهي تطابق القانون الروماني وتضع في حقيقتها القاعدة التالية : ومؤداها أنه يجب اعتبار الشرط مدرجا ضمننا tacite في الوصية إذا كان الأبوان لم يوصيا فيها لأحد من أبنائهم أو حرمومهم من الإرث (١). ويردد Wächter (٢) في كتابه عن القانون الخاص لفرتمبرج نفس الآراء التي قررها في كتابه الخاص بالبانديكت .

٢ — أما القانون العمومي (٣) لدولة بروسيا Pr. all. Landrecht

(١) المواد 5 § 13, 26 § 5 ; 12 § III .

(٢) ج ٢ ص ٦٧١ .

(٣-ترجمة) ترجمته عمومي وهي تقابل كلمة général : تعاديا للخطأ بينه وبين القانون

العام public

فيتضمن نصوصا فردية فقط تقضى بأن تعتبر الالتزامات عند العلم باستحالة الالتزام المقابل ، وخاصة عند العلم بهلاك الشيء المبيع ، كبيات ؛ وكذلك المخالفات عند عدم الوفاء اللاحق كتنازل عن المطالبة^(١) . فهنا يتخذ تصرف يعوض صورة تصرف بغير عوض . وكذلك فإن إعطاء اعتراف بوفاء دين أو استلامه سوف يعتبر انقضاء الدين . ولا يدور الأمر في حقيقة حول تحول ، إذ أن المعلن كان على علم تام بأن التصرف في الصورة التي خرج بها إلى الوجود لا يطابق الواقع ، وأنه عند تخلف الالتزام المقابل لا يكون مرتبطا بالتماره ، وأن الإقرار بالوفاء إذا لم يلحقه الوفاء لا يكون له أى أثر قانونى .

٣ - كذلك لم تقن مجموعة القانون المدنى العام النموى التحول في قاعدة عامة ، فقد قررت في المادة ٩٥٦ متى تعتبر الهبة المضافة إلى الموت وصية ومتى تعتبر عقدا ، ولكن لا علاقة لهذا بالتحول . ورغم هذا فإن المبدأ في ذاته أجازته في القانون النموى كريينز Krainz و Unger وهانز نرل Hasenöhrل^(٢) .

٤ - وحتى مجموعة القانون المدنى لمملكة سكسونيا الصادرة في ٢ يناير سنة ١٨٦٣ فلم تعالج التحول بصفة خاصة ؛ وإنما اقتصرت على إيراد مبدأ عام في المادة ١٠٣ : « تعتبر التصرفات الباطلة في نصوصها الأساسية والفرعية كأنها لم تنشأ . وما يمكن من مضمون التصرف الباطل ، أن يظل قائما باعتباره تصرفا خاصا فإنه يظل صحيحا ، وخاصة إذا كان مرد البطلان أن محل التصرف تجاوز قدره أعدد ، فيظل التصرف في حدود القدر الجائز قائما ، وكنتطبيق لهذا المبدأ نصت المادة ١٠٥٨ : « الهبات التي لم يراع فيها الشكل المرسوم تصح في حدود مبلغ ألف تالير أو ٥٠٠ تالير ستويا » .

ويعتبر سيبنهار Siebenhaar^(٣) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ تعالج البطلان الجزئى كما تعالج التحول . ويقرر ذلك في قوله : « إذا كان التصرف على الوجه الذى عقد به باطلا ، فيجب الإبقاء عليه باعتباره على الأقل مامو ، طالما

(١) المواد ALR. 1. 166. 113. 114. 11; 41. 15 § 55

(٢) قانون Fischer من ٤٨ و Weil من ٤٠ .

(٣) في كتابه Kommentar ج ١ من ١٢١ - .

كان ذلك يوافق القصد الظني للمتعاقدين ، ويعقب على ذلك « وكل شيء يتوقف هنا على سلامة التقدير في الحالة الواقعية ، وعلى وجه التحديد على الأحكام الفردية الصحيحة المتضمنة في التصرف الباطل في مجموعه وعلى الكشف عن القصد الظني للمتعاقدين . ولا يمكن بطبيعة الحال وضع قواعد خاصة في هذا الشأن . ثم يسوق في هذا الصدد مثل استبقاء عقد يسع باطل تضمن اتفاقا على الارتفاع بالعقار يعرض إلى نهاية مدة انتقال محددة باعتباره عقد مزارعة . وعلى عكس ذلك يذهب إلى أن الكمبيالة لا يمكن إطلاقا أن تستبقى باعتبارها وعدا بدين (طبقا للقانون المدني) وإنما باعتبارها وعدا بدين ناشئ عن مقتضى الكمبيالة . وفضلا عن ذلك فقد رفضت مجموعة القانون المدني السكسوني صراحة في المادة ٢٥٤٧ استبقاء عقد توريث باطل باعتباره وصية .

٥ - وقد نص مشروع مجموعة القانون المدني للمملكة بافاريا *Bayern* في المادة ٨٢ (من الجزء الأول) « إذا تضمن التصرف الذي قصده الطرفان أصلا ولكن كان باعتباره هذا باطلا لجميع عناصر تصرف آخر فإنه يستبقى باعتباره هذا الأخير إذا كان هذا مطابقا لإرادة المتعاقدين . (تحول) » . وتلاحظ المذكرة الإيضاحية على ذلك ، أنه هنا بعكس البطلان الجزئي فإن التصرف الباطل لن يستبقى لا في كله ولا في بعضه .

٦ - وينص مشروع درسدن لقانون الالتزامات للدولة الألمانية في المادة ١٦٢ « إذا وافق عقد قصده الطرفان وكان باعتباره كذلك باطلا عناصر عقد آخر فإنه يستبقى باعتباره هذا الأخير إذا اتضح من الظروف أن قصد مبرمى العقد اتجه إلى هذا احتياطا *Vorsorglich* » .

وقد عدلت هذه الصياغة بعض الشيء في الجلسة الثانية والثلاثين بتاريخ ٢٥/٤/١٨٦٣^(١) في المادة ١٤٥ : « إذا تضمن عقد باطل جميع عناصر عقد آخر غير الذي قصده المتعاقدان فإن هذا نفسه يستبقى ، طالما يمكن أن يقوم مستقلا بذاته ، إذا اتضح من الظروف أن هذا يوافق قصد المتعاقدين . »

ثم تجرى الصيغة النهائية على الوجه التالي : « إذا كان عقد كما قصده المتعاقدان

أولا باطلا ولكنه تضمن جميع عناصر عقد آخر فإنه نفسه يستبقى طالما كان يمكن باعتباره كذلك أن يقوم مستقلا بذاته إذا . . . الخ (١) ،

والتعديل الأساسى هو تبديل خاتمة هذه المادة من « أن قصد مبرى العقد اتجه إلى هذا احتياطا » إلى « أن هذا يوافق قصد المتعاقدين » . وقد ذكرت اللجنة عند ذلك أن الصياغة الأولى قد تودى إلى تطلب استلزام شرط استبقاء صريح قياسا على شرط الإلحاق ، وفى الحقيقة يؤدى تعبير « احتياطا Vorsorglich » معنى كلمة « احتمالا eventuell » . وتطبق المادة كذلك إذا تبين من الظروف أن الاستبقاء لا يقع خارج نطاق إرادة الطرفين ، وللتعبير عن هذا صراحة اختيرت الصيغة المعدلة . ثم لاحظت اللجنة على ذلك (ص ٣٨٥) أن تعبير تحول Konversion غير موفق مثل تعبير « تغير Umwandlung إذ لا يدور الأمر حول تغير التصرف ، وإنما حول استبقاء ما فيه من عناصر صحيحة .

ثانيا : مجموعة القانون المدنى الألمانى :

اختار المحرر للتحول فى مشروع الجزء العام من مجموعة القانون المدنى الألمانى الصيغة التالية : « إذا تضمن التصرف المقصود أصلا من المتعاقدين ولكن كان باعتباره كذلك باطلا لجميع عناصر تصرف آخر ، فإنه يستبقى باعتباره هذا الأخير إذا كان هذا مطابقا لإرادة المتعاقدين . » أما تعليقات المحرر على ذلك فتصدر دون شك عن وجهة نظر Windscheid من أن التصرف يستبقى باعتباره ما هو وأن المتعاقدين وضعنا تحت نظرهما عند إبرام التصرف قاعدة قانونية معينة ، لا يمكن أن يظل التصرف طبقا لها قائما . ويضيف إلى ذلك أن طبيعة التصرف لا تستخلص من تسميته (وصفه) وإنما من الآثار القانونى الموضوعى Materieell المقصود وأن قصد المتعاقدين وإن كان قد وضع تحت نظره قاعدة قانونية معينة فإنه ينصرف بصفة مطلقة إلى إنتاج هذه الآثار . أما الصعوبة فتقوم فى أنه عند الصدور عن قواعد قانونية أخرى تصبح الآثار أخرى كذلك ، وحيث يصح من الشكوك فيه ما إذا كانت هذه الآثار الأخرى

(١) مادة ١٣٤ وأخيرا ١٤٢ فى الجلسة الثالثة والأربعين فى ٣١/٥/١٨٦٣ ج ١

لا تزال واقعة في نطاق التصرف المراد حقيقة والمعلن باعتباره مرادا ولا تتضمن إضافات ترقى إرادة المتعاقدين^(١) . ويتسامل عادة عما إذا كان التصرف الأخير قد أريد ، ولكن يفهم تحت ذلك الآثار القانونية المرتبطة بالتصرف الآخر ، ويتوقف الأمر في ذلك على فحص الحالة الواقعية . ويجب على الأقل أن تكون آثار التصرف الجديد أقل من نفس النوع متضمنة في الأكثر الذي لم يخرج إلى الوجود . وإقامة قرينة على النية الموجهة إلى التصرف الآخر لا يمكن أن تجدد ما يبررها ، كما لا يوجد سبب كاف يبرر الأخذ بالتصرف الصحيح بدلا من التصرف الذي أريد حتى يقوم الدليل العكسي ، وكذلك فإن القرينة على علم الأخذ بذلك لا يمكن أن تجدد ما يبررها . وفي الخاتمة ذكر المحرر كذلك ، أنه لا يوجد تحول بصدد التسمية غير الصحيحة ، والصحة الجزئية وخاصة إذا كان التصرف لا يمكن استبقاؤه في جهته لأن المتصرف Veräußerer^(٢) كان يملك جزءا فقط من الحقوق المراد نقلها ، ففي هذه الحالة الأخيرة يكون من الواضح أنه ليس ثمة حاجة إلى التحول ، وإنما يصح التصرف القانوني Rechtsgeschäfte بلا تردد في هذا الجزء فقط من التصرف Veräußerung الذي وقع على ما يملكه المتصرف من حقوق^(٣) .

وقد أخذ المشروع الأول في قرائته الأولى بالنص في هذه الصيغة التي وضعتها المحرر مع تغيير غير ذي أهمية موضوعية في المادة ١١١ : إذا وافق entspricht التصرف المقصود ولكن الذي كان باعتباره هذا باطلا لجميع عناصر تصرف آخر فإنه يستبقى باعتباره هذا الأخير إذا كان هذا مطابقا للإرادة المستخلصة من إبرام التصرف الباطل .

وتقرر المذكرة الإيضاحية die Motiven (ص ٢١٨) في هذا الصدد : أن ما إذا كان المتعاقد أو المتعاقدان قد أرادا التصرف الآخر — الواقع في التصرف

(١) المشروع ج ١ الباب الثاني الفصل الثاني بند ٤٩ من ٢٠٣ .

(٢) — ترجمة) المقصود بالتصرف هنا هو سلطة التصرف باعتبارها مضمون الحق العيني في مقابل الاستغلال والاستعمال . وهي تقابل بالفرنسية alienation وتلبه إلى مراعاة ذلك فيما سيأتي بعد .

(٣) ثارن Salta من ٦٩ و Fischer من ٥٥ و Küntzel من ١٥ .

المقصود ولكن الذي كان باطلا - في آثاره يجب أن يستخلص من نص الواقعة؛ وأن إقامة قرينة على إرادة أو عدم إرادة ذلك محل نظر . وينطبق النص في رأينا في حالة عقد إنشاء حق انتفاع وارد على نصيب شريك في شركة فثل هذا العقد باطل طبقا للمادة ١٠٢ فقرة ٢ مرتبطة بالمادة ٦٤٤ فقرة ١ . فإذا كان قصد المتعاقدين من ذلك اتجه احتمالا إلى أن منشئ الحق يريد ويجب أن يترك للطرف الآخر الحقوق المقررة له على ما يؤول إليه من نصيب في الربح وعلى ماله عند التصفية من زائد عن رأس المال المستثمر ، فليس - في هذه الحدود - ثمة ما يعترض استبقاء العقد . ويشور التساؤل أيضا عما إذا كان عقد التوريث الصادر من جانب واحد يمكن استبقاؤه عن طريق التحول باعتباره تصرف Verfügung إرادة أخيرة .

وبلاحظ Fischer^(١) على ذلك أنه يؤكد هنا ، أن الإرادة ، وإن كان لا يلزم أن تستخرج من مضمون التصرف الباطل ، إلا أنها يجب أن تستخلص من عملية إبرامه . فيتطلب هنا إذن - على الأقل طبقا لصريح لفظ النص - إرادة تتجه إلى التصرف الآخر . تستكشف عن طريق التفسير . هذه الصيغة الصادرة عن لجنة التحرير التي تركت لما اللجنة الرئيسية مهمة فحص بعض اقتراحات التعديل ولكن بتوجيه مقتضاه أن عبارة مقصود ، beabsichtigte ، لا يجوز أن تستبدل بها العبارات أصلا ursprünglich أو أولا zunächst^(٢) .

وبلاحظ Küntzel^(٣) في ذلك أن هذه الصيغة تردد أن الأمر يدور في هذا النص حول قاعدة تفسير إرادة قائمة حقيقية لا حول نص منشئ dispositiv . وقد وجه ليوجولدشmidt^(٤) نقدا شديدا موقفا

(١) Fischer ص ٥٦ .

(٢) عند النظر في وضع نص خاص عن استبقاء عقد التوريث باعتباره وصية (البروتوكول ص ١٩٨٦/٥) تقرر صرف النظر عن ذلك . وكذلك أيضا رفض الموافقة (ص ١٠٠٥) على وضع نص خاص باستبقاء وعد هبة منفرد مضاف إلى الموت باعتباره عمل تصرف إرادة أخيرة .

(٣) Küntzel ص ١٦ .

(٤) أبحاث نقدية Kritische Erörterungen ص ٦٥ .

إلى صياغة المشروع هذه . فهو يقول أن النص لا يمكن أن ينشئ ما هو مفهوم من تلقاء نفسه . أما أنه إذا وجد تصرف ثان اتجه إليه المتعاقدان احتلالاً في حالة بطلان التصرف المقصود أصلاً فيصح هذا الآخر ، فإن هذا مفهوم من تلقاء نفسه ، فضلاً عن أنه غير عملي إطلاقاً ولا يصادف جوهر التحول الذي كان يجب أن ينظمه النص . فالتحول هو استبقاء تصرف غير صحيح باعتباره ذلك التصرف (الجديد) الذي ينتج آثاراً من نفس النوع والذي تتوافر شروط صحته فيه (الباطل) سواء أراد الطرفان هذا أم لا ، ولكن طالما لم تتضح أى إرادة عكسية للطرفين فقط . فلا تتطلب أى إرادة ، velle ، وإنما يكفي انعدام عدم الإرادة ، non nolle ، فالإحالة على إرادة الطرفين تنهى في معظم الأحوال بدون شك إلى تعطيل التحول . ولكن التعليق على الإرادة المفترضة بقرينة präsumptiven Willen فلا يكاد كذلك يصلح الأمر ، إذ أن قاعدة التفسير المكتسبة بذلك سوف تنهار حالما يتضح للقاضي أن الطرفين لم يفكرا إطلاقاً في الصورة الاحتمالية eventuelle gestaltung ، وهو ما يقع دون تردد في معظم الأحوال ، إذ بذلك تنتقض القرينة القانونية . والواقع أن القواعد الخاصة بالتحول تظهر في المصادر (الرومانية) لا في صيغة قواعد مفسرة بل في صيغة قواعد منشئة dispositiv (الرومانية) أى أن تطبيقها لا ينغلق بإثبات عدم وجود إرادة في الواقعة محل البحث ، وإنما بإثبات أنهما في الواقع أرادا إيجابياً positiv شيئاً آخر ، أى بأنهما أرادا استبعاد التحول لا بأنهما لم تكن لهما إرادة ما متعلقة بذلك (١) .

وقد قام أمام لجنة القراءة الثانية اقتراحان للفصل فيهما : الأول صياغة المادة ١١١ على الوجه الآتي : « إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر يصح الأخير إذا تبين أن هذا كان قد يراد عند العلم بالبطلان » . والثاني حذف المادة ١١١ (٢) . وقد وافقت اللجنة على الاقتراح الأول الذي لا يختلف موضوعياً عن المشروع ، ولكنه حاول أن يوضح أنه لا حاجة لأن تتجه إرادة الطرفين عند

(١) Fischer مر ٦٥ Künzels ص ١٦ و Satta ص ٦٨ و Mosco ص ١١١ .

(٢) اقتراح يوست Johst .

إبرام التصرف الباطل إلى التصرف الآخر المتضمن فيه . حتى ولا احتمالا ؛ بل أكثر من ذلك فإن الفیصل فی استبقاء التصرف المعيب هو إرادة الطرفين الموجبة إلى الغرض الاقتصادي . وأن الأخذ بالنص واجب إذ أن اختلاف الآراء حول إجازة التحول لا يتمتع بدونه (١) .

وقد عدلت اللجنة فيما بعد عبارة « dies » إلى عبارة « dessen geltung » ، وبذلك قررت الصيغة التي أصبحت في النهاية تشريعا . وبهذا التعديل الأخير أصبح من الأكثر وضوحا أن عبارة « كان قد يراد gewollt sein würde » لا تنسحب على مضمون التصرف الجديد في ذاته ولكن على صحته ، وهو ما كان يمكن أن يكون محل شك عند استعمال تعبير « dies » .

ولم يأت جديد في المراحل التالية لنشوء النص متعلقا بإيضاحه . (٢) وهكذا أصبحت صياغة النص في الصورة التي عرضت على مجلس نواب الدولة Reichstag (برلين سنة ١٨٩٦) في المادة ١٣٦ على الوجه الآتي : « إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر ، يصبح هذا الأخير ، إذا تبين أن صحته ، عند العلم بالبطان ، كانت قد تراد » . وهذه هي بالضبط الصيغة التي لقيها التحول نهائيا في المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني .

ونقول تعليقات وزارة العدل للدولة على المادة ١١١ فقرة ٢ (ص ١٣٣) أن النص يقرر تبعا لجولدشميت goldschmidt ص ٦٥ لا ما يجب أن يقرره ، بينما هذا الذي يقرره مفهوم من لقاء نفسه دون أن يضادف جوهر التحول . إذ في التحول لا يدور الأمر حول تصرفين مرادين أحدهما أصلا . هو الباطل والآخر احتمالي هو ما كان في الحساب لحالة البطان (٣) .

وإن رأى اللجنة الثانية التي أعطت النص صيغته النهائية لأهمية كبرى ، إذ هو يؤكد وجهة النظر من أنه « لا يتطلب إرادة لطرف التصرف - حتى ولا احتمالية - موجبة إلى التصرف الثاني . فالمقصود بما « كان قد يراد

(١) بروتوكول لجنة القراءة الثانية ص ٢/٢٦٣ .

(٢) Fischer ص ٥٧ .

(٣) تنسيق التعليقات بعد ذلك قد جولدشميت السابق لإرادته .

(م - ٦ تحول التصرف القانوني)

gewollt sein würde ، إرادة منشأة تضرورية . ثم إن هذا التصور يقوم على الغرض العملي الذي استهدفه طرفا التصرف . ويلاحظ Fischer على ذلك (ص ٥٨) أن تغيير اقتصادى ضيق جدا ولا فائدة منه بالنسبة للتصرفات التى لا ترد على معاملات مالية .

ثالثا . بعد مجموعة القانون الألماني :

٢ — بالرغم من أن المجموعات المدنية السويسرية والهولندية والبرازيلية وضعت بعد قيام مجموعة القانون المدنى الألمانى ، إلا أن أيا منها لم يأخذ بالتحويل . ولكن مجموعة القانون المدنى المجرى فقط قننت التحويل فى المادة ١٠٩ - ١٤ ، العقد الباطل الذى يوافق شروط صحة أى تصرف آخر يظل باعباره هذا صحيحا إذا وافق هذا قصد المتعاقدين ، (١) ، ونلاحظ من الآن أن عبارة هذا النص صريحة فى أن الإرادة التى يقوم عليها التحويل هى إرادة افتراضية لاحقيقية ولا احتمالية .

٣ — كما صاغت مجموعة القانون المدنى الإيطالى الجديد الصادر سنة ١٩٤٢ التحويل فى المادة ١٤٣٤ :

Il contratto nullo .puo produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità^{٣٠}.

د العقد الباطل يمكن أن ينتج آثار عقد آخر يتضمن أركانه من حيث المضمون والشكل ، إذا كان — مع مراعاة الغرض الذى قصده المتعاقدان — يتعين افتراض أنهما كانا يريدانه ، لو كانا قد علما بالبطلان .

ويقول موسكو Mosco (ص ١١٣) فى ذلك ، أن قصد المشرع فى هذه المادة هو أن يبين أن التحويل يقوم على عناصر موضوعية فقط وأن قصد المتعاقدين

مغير مستلزم ، وعلى أنه يلزم على أى حال مراعاة مدى قصد المتعاقدين (١) .

٣ — مجموعة القانون المدني المصرى الصادر فى ١٦ يولية سنة ١٩٤٨ :

قننت هذه المجموعة التحول فى المادة ١٤٤ منها ونصها : « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

هذا وقد كان المشروع التمييزى ينص فى المادة ٣-٢ منه على التحول بالصورة التالية : « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للبطلان وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنهما كانا يعلنان ببطلان العقد الأول » . وقد جاء فى مذكرة المشروع التمييزى فى شأن هذه المادة ما يلى : « استقيمت أحكام المادة ٣-٢ من التفتين الألمانى أيضا . بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانتقاص (التى تقدمت الإشارة إليها) فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . بل الواقع أن القاضى يحل نفسه محلها ويبدلها من عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما . ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصيل باطلا أو قابلا للبطلان . فإذا كان صحيحا فلا يملك القاضى بوجه من الوجوه أن يحل محله عقدا آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره . ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذى يقيمه القاضى قد توافرت جميعا فى العقد الأصيل الذى قام به سبب من أسباب البطلان ، فلا يملك القاضى على أى تقدير أن يلتمس عناصر لإنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل . ويشترط أخيرا أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضى فى نطاق التحويل ليست سلطة تحكيمية ، فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التعاقد إلا أنه يسترشد فى ذلك بإرادتهما بالذات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة

(١) تارن كنك Betti : النظرية العامة للتصرف القانونى ص ٥٠٦ وما بعدها .

سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضى على نحو يتيح تقريب الشقة بما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية . ولعل اعتبار الكمبيالة التى لا تستوفى ما يبنى لها من الشروط الشكلية سندا إذنيا أو مجرد تعاهد مدنى من أبرز التطبيقات العملية التى يمكن أن نساق فى صدد فكرة التحويل .

هذا ونلاحظ أن المذكرة الإيضاحية قد أدركت الفرق بين التحويل والانتقاص من ناحية والفرق بين التحويل والتفسير من ناحية أخرى ، إذ تقول صراحة أن التحويل ليس مرده مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . ثم تبين أن التحويل يقوم على إرادة افتراضية للمتعاقدين . فالعقد المحول عقد جديد غير العقد القديم الباطل . ثم تبين أن التحويل لا يرد على عقد صحيح . ولكن يلاحظ أنه يفهم من قول المذكرة أن القاضى يحل نفسه محل المتعاقدين ويبدلهما من عقدهما القديم عقدا جديداً ، أن التحويل يقوم به القاضى وأن مدار الأمر هو تحول قضائى وهذا غير صحيح كما سنرى ، لأن التحويل إنما يحده القانون ويقتصر دور القاضى على مجرد الكشف عنه وتقرير وجوده . فدور القاضى فى شأنه ليس دوراً إنشائياً وإنما هو دور تقريرى . وقد يساعد على ذلك الفهم الخاطئ قول المذكرة نفسها بعد ذلك ، من أن المقصود بشروط التحويل وضع قيود على سلطة القاضى بحيث لا تكون سلطة تحكمية . والواقع أن هذا القول يصدر عما قاله سالى Satellites من أن التحويل يقوم على أساس سلطة القاضى فى التكميل ، وهذا غير صحيح . ويبدو أن واضع المشروع إنما أراد بذلك أن يقول فقط أن الإرادة الفرضية يجب ألا تعارض إرادة حقيقية للطرفين قامت وقت إبرام العقد ، لأن القول بغير ذلك يؤدى إلى هدم نظام التحويل . وقد عادت المذكرة وقررت صراحة وبحق أن الإرادة فى التحويل هى إرادة مفترضة وليست إرادة حقيقية . كما أن المشروع ذكر أن التحويل يقع ، لو كان الطرفان هنا قد علما بالبطلان ، وهذا لإقرار عن أخذ المشرع بالإرادة الفرضية . ثم نلاحظ كذلك أن عبارة اشتراط توافر جميع عناصر العقد الجديد فى العقد الباطل هو توسع فى مدلول لفظ التوافر إلى أن يصل إلى درجة التضامن والاحتواء وهذه هى وجهة نظر Saleilles كما سنرى . وهى غير صحيحة . فالمطلوب هو مجرد توافق وليس احتواء . والتعبير الفرنسى répondre à أوضح فى ذلك وهو أصدق فى الكشف عن نية المشرع ، إذ أن الجزء الخاص بالإلزامات ومذكرته الإيضاحية وضعا أصلا باللغة الفرنسية .

فأما في لجنة المراجعة فقد استبدل بكلمة البطلان الإبطال وبعبارة « أن المتعاقدين كانت نيتهما عبارة « أن نية المتعاقدين كانت ». وأخذت المادة شكلها تحت رقم ١٤٨ ، ووافق عليها مجلس النواب بهذه الصيغة .

أما مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ فتكشف إلى حد كبير أن هذا النظام لم يكن واضحا في ذهن المناقشين بالصورة التي كان واضحا فيها لدى واضع المشروع وتجلت في النص والمذكرة الإيضاحية . فاعتراض حلي عيسى باشا بأن هذه المادة تشعر بأن للقاضي سلطة تحكمية في إقرار العقد الأخير مع أن المقصود بها أن تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح متى توافرت أركانه يرجع إلى نية المتعاقدين ، هذا الاعتراض مبني على سوء فهم واضح لنظام التحول ، إذ يصدر عن أن التحول إنما يرجع إلى نية المتعاقدين ، وواضح أنه يقصد بذلك نية حقيقية . وهذا ظاهر الخطأ كما سنبين ، لأن التحول لو قام على إرادة حقيقية لكان مجرد تفسير ، ولأصبح وضع مثل هذا النص تزييدا وعبثا ولأنه نظام التحول من أساسه . أما إشارته إلى السلطة التحكمية فالقاضي ليس له أي سلطة تحكمية ، إنما هو يكشف عن مجرد توافر الشروط القانونية ويقرر وجودها . حقيقة أن عمل القاضي هنا يبدو أوسع نطاقا من دوره في التفسير ، ولكن الأمر لا يدور حول سلطة تحكمية وإنما حول التحقق من توافر الشروط القانونية فقط . فإذا لم تتوافر ، امتنع إمكان التحول إطلاقا ، حتى لو أراد القاضي أو الطرفان نفسيهما ذلك . وقد ساعد على هذا الاعتراض ما سبق أن أشرنا إليه بما ورد في المذكرة الإيضاحية واستشهد به المعارض من أنه « يشترط أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبنيا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية ، وواضح أن الاعتراض إنما استند إلى مجرد ألفاظ المذكرة الإيضاحية فقط دون استيعاب مضمونها الفني في مجموعه . والواقع أن هذه العبارة في حد ذاتها معيبة كما سبق القول ، لأنها تشعر أن « طلب إقامة الدليل على اتجاه النية إنما يحمل هذه النية احتياطية وليست افتراضية » ، والنية الاحتياطية تردنا إلى مجال التفسير ولا تتقدم بنا خطوة واحدة إلى نطاق التحول . والأغرب من هذا أن ما اقترحه المعارض من علاج لما اعتقده عيبا في النص وقصد به إزالة السلطة التحكمية للقاضي كان يتهى إلى العكس تماما . فهو قد اقترح

حذف عبارة « إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت . . . الخ » وذلك حتى لا يفهم من النص أن يكون للقاضي حق مطلق في إلزام المتعاقدين بمقد معين ، لأنه مفيد بالعقد الذي أمامه إلا إذا تبين أنه يكون عقداً آخر توافرت أركانه . والواقع أنه لو أخذ بهذا الاقتراح لتحقيق ما كان يخشاه المعارض تماماً : إذ مقتضى هذا التعديل المقترح إقامة التحول على مذهب الإرادة الظاهرة ونبذ مذهب الإرادة الباطنة بصفه نهائية ، إذ كان التحول يقع متى توافرت أركان العقد الجديد في العقد الباطل بغض النظر عن الإرادة المفترضة إطلاقاً ، بل حتى ولو عارضته الإرادة الحقيقية للطرفين وقت إبرام العقد . وهكذا كان ينقلب التحول إلى مجرد عملية موضوعية بحته خالية من أى عنصر ذاتي ، وليس أخطر من ذلك على استقرار المراكز القانونية وطأة ثبوت المعاملات . وإذا كان هذا التعديل كان يؤدي إلى توسيع التحول على الوجه السابق ، فإنه كان يضيق نطاقه إلى حد كبير من جهة أخرى ، وذلك أنه بالأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة التي سوف يعتمد عليها النص الجديد ، كان يؤدي إلى قصر التحول على الحالات التي يكشف فيها الإعلان الباطل نفسه عن توافر شروط التحول وكانت إمكانية التحول تضيق على هذا الوجه إلى أقصى حد . فضلاً عن أن هذا التعديل كان مقتضاه أنه في الأحوال النادرة التي يستشف فيها القاضي من الإعلان الباطل نفسه توافر شروط التحول ، كان يطبقه ولو عارض ذلك نية المتعاقدين الحقيقية وقت إبرام العقد الباطل ، وليس أكثر من ذلك توسيع لسلطة القاضي التحكيمية .

وقد أدرك ذلك رئيس اللجنة الأستاذ محمد محمد الوكيل حين تمسك بوجوده الإبقاء على العبارة المقترحة حذفها لأنها عبارة جوهرية ، ولأنه « إذا تبين أن نية المتعاقدين لم تكن منصرفة إلى إبرام العقد الجديد فلا يكون مفهوماً أن نطقي للقاضي الحق في إلزامها بإبرام ذلك العقد . . . » ولكنه تطلب أن « يبين أنه من المفروض حتماً أن نية المتعاقدين . . . » ، والواقع أن إضافة تعبير « حتماً » إنما هو تزييد لا محل له ، وذلك أن وجه حتم الافتراض لا يمكن إدراكه أو تكوينه أو إقامة الدليل عليه . وقد يمكن أن يكون المقصود من هذا التحتم ما كشف عنه الأستاذ نفسه في أول كلامه من أن الإرادة الحقيقية الموجودة وقت إبرام العقد الباطل تؤدي إلى استبعاد التحول ، فيكون قد قصد بهذا الحتم ألا توجد إرادة

حقيقية وقت إبرام العقد الباطل تستبعد التحول ، وهذا مفهوم من طبيعة التحول ولا يحتاج إلى ذكر خاص . ولكن الأستاذ الوكيل اعترض على عبارة « لو أنهما كانا يعلمان يطلان العقد الأول » باعتبارها تزيد . والواقع أن هذه العبارة لا يمكن القول بأنها جوهرية بحيث لو تخلفت لانهار نظام التحول أو أمى . ففهم ، وذلك أنها تقرر شيئاً مفهوماً من طبيعة الأشياء ولا يحتاج إلى ذكر خاص في النص . ولكن لا يمكن القول كذلك بأنها تزيد لأن الإشارة إليها توضيح وإزالة للبس أو الغموض الذي قد يدخل على من لا يدرك مدلول النص . وسنرى أن حذف هذه العبارة لن يكون له أى مدلول خاص في نطاق التحول ولا يمكن اتخاذ وسيلة للتعبير عن اتجاه خاص لدى اللجنة .

ومن الكلام الواضح في مسألة النية ما ذكره الأستاذ محمد على علوية باشا من أن التحول يتم ولو لم تكن نية (المتعاقدين) منصرفة إلى إبرام العقد الجديد . فهذا صريح في أن التحول إنما يقوم على إرادة افتراضية ويستبعد الإرادة الاحتياطية أو الاحتمالية . أما المثل الذي ضربه بشأن بيع الوفاء الذي يتحول إلى رهن حيازة ، فزى عدم التعرض له الآن ، خاصة وقد نصت المادة ٤٦٥ من القانون المدني على بطلان بيع الوفاء . أما اقتراحه بحذف الجزء الخاص بالنية وهو اقتراح حلى عيسى باشا فقد سبق الرد عليه وتقنيده وإن كان يبين في هذا الشأن أن النية هي نية افتراضية بحتة .

أما رد مندوب الحكومة الدكتور حسن بغدادى فقد أوضح أن المقصود بهذه المادة ، وضع معيار للقاضى لتحقيق العدالة ، فهو لا يلزم بالبحث عن نية المتعاقدين ولكنه مطالب باستخلاص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد ، وهذا التكييف القانونى من القاضى يقع تحت رقابة محكمة النقض على أن يكون مفهوماً أن القاضى يبحث في النية التي كان مفروضاً قيامها قبل النزاع : وهذا الكلام صريح في أن وقت كشف الإرادة الفرضية هو وقت إبرام العقد الباطل ، وإن كان القول بأن المقصود هو النية التي قامت قبل النزاع ، تعبير غير دقيق وقد يؤدى إلى اللبس . أما وصفه عمل القاضى بأنه تكييف قانونى فهذا غير صحيح ، لأنه تكوين للعقد وليس إعادة تكييف وصف غير صحيح . أما أن المسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض فلا شك في ذلك .

وقد عتب رئيس اللجنة بأن النص المقترح يجعل للقاضي سلطة محكمة مع أن المفهوم أن أساس الاقتراح هو تفادى ذلك ، فبقاء الفقرة أو العبارة المراد حذفها فيه قيد للقاضي هو أنه لا يرم العقد الجديد إلا إذا تبين له أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إليه . ولكن حتى عيسى باشارد بأن الاقتراح لا يخرج نية المتعاقدين من الحساب ، إذ أنه يفترض توافر جميع أركان العقد بما فيها نية الأخذ بالبقية الباقية الخالية من شوائب البطلان ، قائلية تدخل في أركان العقد . وإزاء هذا التفسير الذي أجمعت عليه اللجنة ، وافقت على حذف عبارة « إذا تبين أن نية المتعاقدين .. الخ » . وقررت كذلك إدراج هذا التفسير في تقريرها .

والواقع أن هذا الحذف كان يؤدي إلى كافة الأخطار التي سبق الإشارة إليها . ولهذا تدخل واضح المشروع في الجلسة ٤٤ وطلب إعادة بحث هذا القرار . فأخذت اللجنة برأيه فأعادت الجزء المحذوف مع قصر الحذف على عبارة « لو أنها كانا يملكان ببطلان العقد الأول ، فقط » . وقد بررت اللجنة هذا الحذف بقولها أن المسألة نيط أمرها بالنية ولا محل للتقيد بعد ذلك بالعلم أو بأى ظرف آخر مادام أن الأمر سيرجع في النهاية إلى تقدير القاضي . وقد أصبح رقم المادة ١٤٤ وهذه الكيفية خرجت في صيغتها الأخيرة في النص النهائي (١) .

والواقع أن هذا التعليل غير دقيق ، لأن التقيد بالعلم قائم دائما لأن الطرفين لو علما بالبطلان حقيقة لاستحال التحول كما سنبين فيما بعد ، فشرط عدم العلم هو شرط جوهرى من شروط التحول ينتج عن طبيعة الأشياء ولا يحتاج إلى نص ، وهذا هو الذى يبرر الحذف في الواقع ، فهو شرط يفرض نفسه ولا يمكن الاستغناء عنه .

هَذَا وَتَلَا حُظَّ أَنَّهُ جَاءَ فِي مَقْدَمَةِ بَابِ الْبُطْلَانِ مِنَ الْمَذْكُورَةِ الْإِبْضَاحِيَّةِ لِلْمَشْرُوعِ التَّهْمِيدِي (٢) . عَلَى أَنَّ الْمَذْهَبَ الْجَرْمَانِيَّ لَمْ يَعْدَمْ أَثَرُهُ فِي هَذِهِ النَّاحِيَةِ ، وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا نَظَرِيَّةُ تَحْوِيلِ الْعَقُودِ أَوْ انْقِلَابِهَا وَتَطَبُّقُهَا إِذَا تَوَافَرَتْ لِلْعَقْدِ الْبَاطِلَةُ أَوْ الْقَابِلُ الْبُطْلَانُ ، شَرْطُ انْعِقَادِ عَقْدٍ آخَرَ (م) (١٤٠ مِنَ التَّقْنَيْنِ الْأَلْمَانِيَّ).

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ من ٢٦٢ - ٢٦٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ من ٢٢٣ - ٢٢٤ .

٤ — مشروع مجموعة القانون المدنى الفرنسى الجديد .

تضمن المشروع التهديد عن البطلان والتصرفات القانونية الذى وضعه الأستاذ هوان Honin في المادة ١٨ منه (١) أنه إذا وافق تصرف قانونى شروط تصرف قانونى آخر ، يصح هذا الأخير إذا أمكن اعتبار أن الطرفين ما كانا يعقدانه لو أنهما علنا بالبطلان .

ويقول تعليقا على النص : أن هذا النص موجود فى كثير من التقنيات (١٤٠ م ، المالى ، ١٤٢٤ ، إيطالى ، والتقنين الصينى) ويبدو أنه ينطبق فى حالة بطلان السند لا التصرف نفسه . ومع ذلك فيمكن تصور أن تصرفا يبطل باعتباره يعبأ لانعدام الثبوت يمكن أن يصح كهيئة إذا أمكن اعتبار هذا نية الطرفين (الهبات المستورة) .

ونلاحظ هنا أن وجه الخلط فى فهم التحول واضح ، لأن التحول إنما يقع فى حالة بطلان التصرف ذاته وليس فى حالة بطلان السند فقط . كما يقول المعلق . فبطلان السند لا يمس التصرف الذى يظل قائما ومتجا لآثاره باعتباره هذا دون حاجة إلى أى عون عن طريق التحول .

وقد عرض النص على اللجنة الفرعية (٢) بعد تغيير فقرته الأخيرة إلى : إذا أمكن اعتبار أن الطرفين كانا يعقدانه لو علنا بالبطلان ، فاعترض Niboyet بأن هذا النص لا يصور حالة بطلان جزئى وأنه يكفى أن يترك للقاضى تقدير كل حالة على حدة فى واقعها ، كما هو الشأن الآن (دون النص) . أما Lyon-Caen و Latournerie فرأيا أن هذه القاعدة تستحق نصا تشريعا ولكن يجب تغيير صياغتها ، واقترح الصياغة التالية : بطلان التصرف لا يمنع من أن تنتج إرادة عاقديه أثرا إذا أمكن تفسير هذه الإرادة بأنها تسمى على تصرف آخر استوفيت شروط صحته . فرأت اللجنة الفرعية أن هذه الصيغة تعطى القاضى سلطات كبيرة جدا وتفتح الطريق أمام نوع من سلطة إعادة النظر révisionisme قد تكون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ١٩٤٦ — ١٩٤٧ ص ٥٦ .

Les travaux de la commission du projet d'un nouveau code civil.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٨٨ .

خطرة . وقد صحح Latournerie فكرته بقوله أن الأمر لا يمكن أن يدور إلا حول إرادة واضحة للطرفين . وأعلن Niboyet موافقته على مثل هذا النص ، مادام القاضي لا يقر إرادة الطرفين هذه وإنما يكشف عنها ويقررها constater . وحدد Houin المقصود بأنه مجرد تكييف آخر للتصرف المقصود . وهنا يبدو الخلط واضحا بين التحول وبين الخلط في التكييف إذ أخذت اللجنة بأن التحول ليس إلا مجرد خلط في التكييف وعلى هذا الأساس تعدل النص . ثم أخذت اللجنة بالمادة ١٨ في الصيغة التالية : إذا كان التصرف باطلا فيمكن أن يسبغ عليه وصف تصرف آخر صحيح إذا كان هذا الوصف مطابقا لإرادة الطرفين المعلنة manifesté

ثم أعطيت هذه المادة في المشروع النهائي لهذه اللجنة رقم ١٧^(١) . وبهذا أصبح محل النص ليس تحولا على الإطلاق ، وإنما تصحيح للتكييف الخلط يتم على أساس تفسير الإرادة الحقيقية ، وبهذا زال كل فائدة للنص وأصبح تزييدا لا فائدة منه إطلاقا ولم يكن في حذفه بعد ذلك أى ضرر .

وأمام اللجنة الفرعية الخاصة بالتصرفات القانونية (٢) أثار Houin بمناسبة صياغة المادة ٢ من مشروع الجزء العام ٨٦ من مشروع الالتزامات التي أصبحت المادة ٦٧ في المشروع النهائي للالتزامات وهي خاصة بالإلغاص ، أثار هذه المادة وقال أنه يحسن التقريب بين هذه النصوص (٢٠ و ٨٦) ونص المادة ٢٧ من القسم العام ، وطبقا لها يمكن أن يكتسب التصرف الباطل وصف تصرف آخر صحيح إذا طابق هذا الوصف إرادة الطرفين المعبرة . فقال Mazeaud أنه يرى أن هذه المادة ١٧ خاطئة erronée وغير نافعة inutile . فهي خاطئة لأنه لكي يستطيع تصرف ما أن يحيا مرة أخرى revive تحت وصف آخر فيجب أن يكون لا باطلا ، ولكن لم يحسن وصفه mal qualifié ، أما أنه غير نافع فلأن هذه القاعدة ليست إلا مظهرا للقواعد العامة لتفسير التصرفات القانونية وخاصة المادة ١١٥٦ من القانون المدني (الحالي) . لهذا قررت اللجنة استبعاد هذه المادة (مع استبقاء النص الخاص بالإلغاص) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٠ ، ٩٠٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ (٤٢ - ١٩٤٨) ص ٧٧ .

والواقع أن هذا أفضل لأن النص في صورته الأخيرة إنما يتناول حالة الغلط في التسمية لا التحول وهو ما تقضى عنه القواعد العامة فعلا .

أما انجاء اللجنة فيكشف عنه بوضوح أشد جلاء ما ذكره Houin سكرتير اللجنة ومقترح النص الأول والتعديل الأخير في المحاضرات التي ألقاها في جامعة القاهرة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ عن أركان تكوين العقد (ص ٢٠٤) ، أن التحول ليس إلا تصحيحا للتسمية الغلط ولهذا سباه بالغلط في التسمية *disqualification* وأنه لا يدور إلا حول تصحيح للتكييف . وواضح أنه لو كان الأمر في التحول كذلك لكان وضع نص خاص له عبثا خالصا .

الجزء الثاني

أركان التحول

إن صريح نص المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني يشترط في حقيقة لإعمال التحول توافر العناصر التالية : —

- ١ — أن يكون التصرف (١) الذي أراه المعلن أو المعلنون باطلا .
 - ٢ — أن يوافق عناصر تصرف آخر لم يرد .
 - ٣ — أن يفترض أن الطرفين كانا يعتقدان هذا التصرف الآخر لو كانا قد علما بطلان التصرف المقصود .
- فإذا ما توافرت هذه الأركان، صح التصرف الآخر، الذي لم يرد ، بقوة القانون كما لو كان قد أريد .

الباب الأول

تصرف باطل

تسلك المادة ١٤٠ من تحول تصرف قانوني باطل إلى تصرف قانوني آخر صحيح . ولكن لكي تتمكن من أن تناول التصرفات القابلة للتحول بالبحث ، يجب علينا أن نبدأ بتعريف فكرة التصرف القانوني وفكرة البطلان وأن نبين حدودهما .

(١ - ترجمة) : تسلك المادة ١٤٠ ألمانى عن التصرف القانوني. بينما تسلك المادة ١٤٤ مصرى و ١٤٢٤ لإيطاليا عن القصد ، أما المادة ١٤٠١ مجرى فتسلك فى أولها عن القصد وفى آخرها عن التصرف القانوني. والواقع أن فكرة القصد لا تحتاج إلى توضيح خاص . أما الصلاة بين القصد والتصرف القانوني فهي أن القصد نوع خاص من أنواع التصرف القانوني ، فهو تصرف قانوني من جانبين ، فهو نوع خاص من الجنس العام كما يقول للناطقة .

الفصل السابع

فكرة التصرف القانوني

١ - التصرف القانوني (١) *das Rechtsgeschäft* هو التعبير عن إرادة خاصة توجه إلى تحقيق نتيجة قانونية ، تحقق بمقتضى النظام القانوني لأنها أريدت .

(١) لم يصل الرومان إلى تحديد علمي دقيق لفكرة التصرف القانوني ، بل لهم قد استعملوا تعبيرات كثيرة مختلفة يتحد كثير منها في معناه وحكمه وذلك راجع إلى طبيعة القانون الروماني : كاصطلاحات *negotium, actus, actum, contractum, factum, gestum* . وقد عني الفقه في القرن التاسع عشر بالوصول إلى مبدأ عام ينظم الأنواع المختلفة لهذه الأعمال القانونية المختلفة بحيث تكون مجرد تطبيق له ، وهذا هو التصرف القانوني . وقد ظهر هذا الاصطلاح لأول مرة في أواخر القرن الثامن عشر ، وطبقا لرأى فلاسك *Wlassack* (ص ٣) كان أول من أوجد هذا التعبير هو *Heise* في كتابه *Grundriss* من ١٨٠٧ أما طبقا لرأى *Regelsberger* (ص ٤٨٨) فقد ظهر أولا في كتاب *Hugo von der Pandekten* الطبعة الثالثة سنة ١٨٠٥ (تارن في ذلك *Bekker* في البانديكت ، بند ٨٩ ، ملحق ١ . *Regelsberger* من ١٣٩ وما بعدها ، *Voss* من ١٢٠ .

ويقابل هذا الاصطلاح في الفقه الإيطالي تعبير *il negozio giuridico* ومعناه كذلك العمل أو التصرف القانوني . مع العلم بأن القانون الإيطالي نفسه لا يزال يصدر في تكوينه عن فكرة العقد *il contratto* كما هو الحال في الفقه والقانون الفرنسيين وفي مصر . والواقع أن هذا الموقف في الفقه الإيطالي والفرنسي ينتهي إلى نتيجة شاذة عند المقارنة بين فقه القانون الخاص وفقه القانون العام وخاصة الإداري . فهذا الوضع غير موجود في الفقه الألماني إذ يصدر عن فكرة التصرف القانوني سواء كان في نطاق القانون الخاص أو القانون العام ، أما في الفقه اللاتيني فينبغي يقوم القانون الخاص على أساس العقد ، يقوم القانون العام على أساس التصرف القانوني وهو في القانون الإداري القرار الإداري . إذ الواضح أن القرار الإداري ينفرد الجزء الأكبر من نشاط الإدارة بتكس أعمالها التعاقدية . وهذا الوضع هو الذي أدى (في نظرنا) إلى غموض وعدم وضوح نظرية القرار الإداري من حيث تكوينه وانفصائه وخاصة من حيث البطائن في الفقه اللاتيني . ويظهر ذلك في أوضح صوره في القضاء والفقه الإداري المصريين .

ويتبين من هذا التعريف أن التصرف القانوني *Rechtsgeschäft* وإعلان الإرادة *Willenserklärung* ليسا شيئاً واحداً ، فإعلان الإرادة هو تعبير إرادة خاص متجه إلى تحقيق غرض قانوني ، يقره النظام القانوني آثاره وفقاً لإرادة الغرض هذه . *Erfolgswille* (١) .

فهذا يبين أن إعلان الإرادة هو ركن في التصرف القانوني بل هو ركنه الرئيسى . فالتصرف القانوني هو واقعة ركنها الأساسى إعلان إرادة واحد أو أكثر ، وأما آثارها فتتحدد طبقاً لمضمون هذه الإرادة .

ولما كان التصرف القانوني هو إعلان إرادة خاصة ، فإن إعلان الإرادة الواقع في نطاق القانون العام ، أى إعلان إرادة هيئة من هيئات القانون العام ، باعتبارها صاحبة السلطة العامة ، مثل الدولة والبلديات الخ ليس تصرفاً قانونياً بالمعنى المبين أعلاه ، فهذه تتفصل عن نطاق القانون الخاص لتخضع للقانون العام .

وكذلك فإن الأعمال التى تؤديها السلطات الحكومية وظائفها مثل الحكم القضائى أو القيد (٢) فى السجل العقارى ، ليست تصرفات قانونية .

ويفرق كذلك بين إعلان الإرادة *W.B.* فى معناه الضيق ، وفيه يتم التعبير عن الإرادة *Willensäußerung* خلال عمل يكون الغرض منه — طبقاً لعادات التعامل أو الاتفاق — الإعلان عن تلك الإرادة الموجهة إلى تحقيق غرض قانوني ، أى أنه تعبير إرادة بغرض الإعلان ، وبين التعبير عن الإرادة *W. äuss* التى تتجه مباشرة — دون أن تهدف إلى غرض الإعلان — إلى تحقيق الإرادة ، وفيها يكون العمل الذى تتخذه الإرادة فى حركتها ، ليس وسيلة إعلان وإنما علامة على الإرادة وبمجرد مظهر تتخذه فى تحركها . فهو تعبير إرادة دون قصد الإعلان أو بعبارة أدق ، عمل إرادة *W. betätigung* أو تصرفات *W. geschäfte* . (٣) .

(١) Lehmann ص ١٢٦ .

(٢) — ترجمة — لتستعمل تعبير القيد هنا بمعنى المعروف فى القانون الألمانى *Eintragung* ويتألفه فى الاصطلاح المصرى الشهر فى السجل العقارى ، أى سواء بالتسجيل أو بالتقيد أو بالتأشير المسمى .

(٣) Lehmann ص ١٣١ .

ويصف القانون، كل تعبير لإرادة W. äuss وحقى عمل الإرادة W. betätigung بأنها إعلان إرادة . ويتبع عن ذلك أن النصوص الخاصة بإعلان الإرادة يجب كذلك أن تنطبق على عمل الإرادة W. betätigung طالما لم تؤد الطبيعة الحقيقية لواقعة الإرادة إلى استثناء .

ولما كان التصرف القانونى يقوم على إعلان إرادة ، فينفصل عن نطاقه كذلك كل الأفعال الواقعة فى نطاق القانون الخاص التى تترتب آثارها القانونية بغض النظر عن الإرادة ، أى سواء أريدت أم لم ترد مثل الفعل غير المشروع unerlaubte Handlung .

٢ - وبما بلغت النظر فى هذا التعريف أنه يقوم على وجهة نظر مقتضاها أن الإرادة يجب أن تستهدف غرضاً (نتيجة) قانونياً . ولكن يجب هنا التساؤل : هل من الضروري حقيقة ، وجوب أن تكون الإرادة قد اتجهت إلى تحقيق غرض قانونى فقط ؟

تطلب نظرية النتيجة القانونية Rechtsfolgentheorie أن الإرادة يجب أن توجه إلى أثر قانونى ؛ لتحقيق نتيجة قانونية يجب أن يكون وحده هدف الإرادة ومقصودها .

ولكن إزاء ذلك يرتفع اعتراض بأن المتعاقد نادراً ما يفكر فى الآثار القانونية لتصرفه ، فهو يفكر فقط فى الوصول إلى غرض على معين بالذات عن طريق هذا التصرف بالذات ، فهو يريد مثلاً أن يحصل على منفعة العقار فهو يستطيع ذلك عن طريق عقد إيجار أو يأنشاء حق انتفاع ، وهو لا يفكر فى الآثار القانونية لهذا العقد أو ذلك ، وإنما فى الوصول إلى غرضه فقط ، وكل الوسائل القانونية التى تحقق له هذا الغرض ، هى عنده سواء .

ولهذا نكتفى نظرية النتيجة الجوهرية grundfolgentheorie بإرادة منجبة إلى نتيجة اقتصادية ، فيستكلم Isay (ص ٢) عن النتيجة الاقتصادية وبشبان Bechmann (البيع ج ٢ ص ١٠٢) عن النتيجة الواقعية empirische ودانز Danz (فى كتابه التفسير Auslegung عن نتيجة اقتصادية wirtschaftlich أو اجتماعية gesellschaftlich . فالصورة القانونية هى مجرد وسيلة للحصول

على غرض عملي . والعبرة لدى المتعاقدين هي بالفرض لا بالوسيلة . ولكن إذا وضع الطرفان أهمية فاصلة على الصورة القانونية ، فإن الأثر القانوني يكون هنا قد أريد في ذاته وليس النتيجة العملية (١).

وتلعب هذه النتيجة (القانونية . أو العملية) دورا كبيرا في نظام التحول . ونحن نرى أن الإرادة تكون في العادة متجهة إلى تحقيق غرض اقتصادي فقط ، ولكن غرض الإرادة لا يلزم أن يكون اقتصاديا فقط ، بل يمكن أن يكون اجتماعيا كذلك ، أو في قول أم ، غرضا عمليا ، ولكن بقيد واحد على أى حال ، هو أن هذا الفرض يمكن أن يكون في بعض الأحوال تحقيق أثر قانوني (٢).

٣ - وهنا تظهر كذلك مشكلة نظرية الإرادة والإعلان . فنظرية الإرادة Willenstheorie تربط آثار التصرف بالإرادة الباطنية للمتعاقدين ، فهذه الإرادة الباطنية هي وحدها الحاسمة بالنسبة للتصرف . أما نظرية الإعلان Erklärungstheorie فتريد أن تقيد الملحق في سبيل استقرار التعامل ، بالمعنى الخارجي للإعلان . فلا تسمح له بالاستناد إلى تخلف إرادة التصرف أو إرادة الإعلان . وتقوم بين النظريتين نظريات أخرى كثيرة موقفة ، تربط الملحق بالمعنى الخارجي لإعلانه إذا ما تطلبت ذلك حاجة الطرف الآخر جديرة بالحماية .

ونعتقد هنا أن العنصر الحاسم في التصرف القانوني هو الإرادة ، ولكن ليس باعتبارها واقعة باطنية ، وإنما باعتبارها قد أصبحت خلال الإعلان وكل وسائل

(١) Lehmann من ١٢٦ ، Enneccerus من ٦٩٧ ، Finger من ٣٠ ، Rutenbeck من ٥ ، وغيرهم .

(٢) - ترجمة) ولا يقتصر هذا الخلاف على أعمال الإرادة وكيفية تفسيرها فقط بل يمتد كذلك إلى تفسير النصوص القانونية نفسها وتطبيقها . وقد أدى ذلك إلى قيام مدرستين في الفقه والقضاء تأخذ الأولى بالنتيجة القانونية وتسمى طريقها في البحث بطريقة المبادئ Begrifflich . وسمى القضاء الذي يأخذ بها بقضاء المبادئ Begriffsjurisprudenz . أما المذهب الآخر فهو مذهب المصلحة وسمى القضاء القائم عليه بقضاء المصلحة Interessenjurisprudenz . ومن أكبر مثليه في الفقه المعاصر H. Westermann . فسترمان في كتابه التطبيق على القانون المدني Erman-Westermann. Kommentar ، وفي كتابه عن قانون الأشياء Sachenrecht .

التعبير الأخرى والظروف المقارنة ، موضوعية أو مادية^(١) objektiviert
وفي ختام هذا العرض يتعين علينا أن نشعر في شخص قابلية التصرفات
المختلفة للتحويل .

١ - لا شك في ثبوت قابلية التحويل بالنسبة لكل التصرفات القانونية
وإعلانات الإرادة بجميع أنواعها .

ولهذا فقد قضت محكمة برلين الأولى^(٢) L.G.I. Berlin ، بمحو تحويل
إعلان تنبيهه^(٣) : إذ نهبت مؤسسة باقضاء عقد كارتل دون مراعاة المدة الواجبة .
وقد استبقى إعلان التنبيه الباطل هذا ، وهو إنهاء للعلاقة التعاقدية لم تراعى فيه المدة ،
باعتباره إعلان تنبيه عادي للوعد التالي الجائز - وكان هنا بعد سنتين على أي
حال - والمطابق للإتفاق .

كما استبقت المحكمة العليا للدولة RG^(٤) إعلان فسخ^(٥) باطل ، باعتباره إعلان

(١ - ترجمة) أي باعتباره ظاهرة اجتماعية يجب أن تخرج من صدر صاحبها إلى العالم
الخارجي وإلا لم تكن لها قيمة قانونية ، لأن القانون إنما هو علم اجتماعي يعني بالظواهر
وليس علما باطنيا كعلم النفس . ولكنها حتى بعد خروجها لا تنقطع صلتها بأصلها الباطن إذ
هو الأساس فيها ولولاها لما كانت لها قيمة قانونية . ولكنها بسبب هذا الوجود الاجتماعي
الضروري وهو وجود خارجي بطبيعته وباعتبارها مظهرا اجتماعيا ينضم كسكن العلاقات التي
تدور في المجتمع لبدأ الثقة والاعتقاد ، فلها تصبح بسبب هذا الوجود الاجتماعي ، بعد أن
كانت ذاتية محضة إرادة موضوعية . فنحن لا نربطها بالإعلان وحده وإنما نقيدها بكل ما يلبد
في الدلالة عليها من وسائل ؛ وأول هذه الوسائل الإعلان الوارد مباشرة عليها ثم طرق التعبير
المختلفة الأخرى غير الإعلان التي لا تعتبر إعلانا مباشرا أو دليلا مباشرا ، وإنما هي مجموعة
استدلالات Indiz تدل عليها ، ثم الظروف المختلفة التي اقترنت بتسويتها والإعلان عنها ،
فهذه الظروف جميعا تساعد كذلك في التعرف عليها .

(٢) المجلة الأسبوعية القضائية سنة ١٩٢٧ ص ١٥٣١ ، Schönwetter من ٩٠
(٣ - ترجمة) إعلان التنبيه Kündigungserklärung هو الإعلان الذي يوجه أحد
طرفي العقد إلى الطرف الآخر مبنيا فيه رغبته في إنهاء العقد . ويسميه الفقه المصري بصدد
عقد الإيجار تنبيها conjz وقد يكون من الأصح تسميته إعلان لإنهاء .

(٤) المحكمة العليا للدولة Reichsgericht ويرمز لها بالبرفين RG ، ومجموعة أحكامها
في المواد المدنية ويرمز إليها بنفس الرمز : RG. ١٠٥ / ٢٠٦ = JW سنة ١٩٢٣
من ٤٢ ، Finger من ٣٢ .

(٥ - ترجمة) يتم الفسخ في القانون الألماني طبقا للقاعدة ٣٤٩ مدني بإعلان يوجه إلى
الطرف الآخر (ولاقصود إعلان لإرادة) .

(م - ٧ - تحويل التصرف القانوني)

إبطال طبقا للبادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني .

٢ - كما أن تعبير الإرادة W. Auss والإخبار بإرادة Willensmitteilung وتبليغ العلم Vorstellungsbüermittelung تكون كذلك قابلة للتحويل طالما أن طبيعتها الخاصة لا تعترض هذا الطريق . لهذا فإنه من العسير ، التفكير في تصرف جديد لصنع غير صحيح^(١) unwirksame Verzeihung ويقدم لنا شينقر Schönwetter (ص ١٠) المثل التالي : التقط شخص حسن النية شيئا معتقداً أنه ضائع ولكنه كان في الحقيقة متروكا . فعثوره على الشيء . وإدخاله في حيازته الذي تم على أساس إمكان اكتسابه طبقا للبادة ٩٧٣ من مجموعة القانون المدني^(٢) ، يجب اعتباره إرادة استيلاء مشروطة ، تتحول في الحال إلى اكتساب الشيء - الذي هو في الواقع لا مالك له - عن طريق الاستيلاء^(٣) (الشيء الذي لا مالك له)^(٤) .

(١) ترجمة الفواد أو الصنع die Verzeihung مثله المادة ٥٣٢ مدني ألماني: الهبة يمكن الرجوع فيها طبقا للبادة ٥٣٠ إذا ارتكب الموهوب له في مواجهة الواهب أو أحد أولاده الأقرين فعلا يعتبر وجوداً ، ولكن إذا صفح الواهب عن الموهوب له فينتفي حق الرجوع . كذلك المادة ٢٣٣٧ : يستطيع المورث إذا كان هو أحد الزوجين طبقا للبادة ٢٣٣٥ أن يحرم الزوج الآخر من نصيبه المحدد قانونا إذا ارتكب في حق خطأ يفعله طلب الطلاق طبقا للفواد ١٥٦٥ إلى ١٥٦٨ (وتم الميراثان يعمل لإرادة أخيرة) . ولكن يسقط هذا الحق بالصنع طبقا للبادة ٢٣٣٧ . كذلك فإن الوارث يصبح غير جدير بالإرث فيحرم منه إذا ارتكب أحد الأفعال المبينة في المادة ٢٣٣٩ (ومى تلخص في الاعتداء العمد الخائف للقانون على المورث أو إدخال التديس عليه) ، فيحق لصاحب الشأن أن يرفع دعوى إبطال اكتساب الإرث طبقا للفواد ٢٣٤٠ وما بعدها . ولكن إذا كان الورث قد صفح عن الوارث غير الجدير فيسقط حق الإبطال طبقا للبادة ٢٣٤٣ (ويسرى نفس الحكم على الموصل إليه طبقا للبادة ٢٣٤٥) .

(٢) ترجمة) تنص للبادة ٩٧٣ : إذا انقضت سنة على إخطار سلطات البوليس بالشور على الشيء الضائع ، يكسب الملتقط ملكية الشيء ، إلا إذا كان يعلم قبل ذلك بوجود مستحق للشيء أو كان هذا المستحق قد سجل حقه على الشيء لدى سلطات البوليس . وبإكتساب ملكية الشيء تنتفى الحقوق الأخرى التي على الشيء .

(٣) ترجمة) طبقا للبادة ٩٥٨ من استولى على شيء منقول لا مالك له وأدخله في حيازته يكسب ملكيته . (فان م ٩٧٦ مصري) .

(٤) Schönwetter ص ١٠ ، فان Siller ص ١٥٧ .

وتحديد المهلة الذى يكون غير صحيح بسبب المبالغة فى قصرها ، طبقا للمواد ٢٥ ، ٢١٤ ، ٢٨٣ ، ٣٥٤ من (١) مجموعة القانون المدنى يتحول طبقا للبادة ١٤ إلى تحديد مهلة معقولة (٢) .

ولكن إذا تخلفت الإرادة الفرضية الدائن فيما يتعلق بالتصرف الجديد أى إذا تبين من سلوكه أنه لا يقبل الالتزام خلال هذه المدة المعقولة (أى فيما زاد عن المدة البالغة القصر التى حددها) فإن التحول يكون ممتنا (٣) .

٣ - كذلك تخرج الأفعال القانونية التى ليس لها طابع التصرف القانونى ، مثل الفعل غير المشروع عن نطاق تطبيق المادة ١٤ أيضا .

٤ - ولما كان التصرف القانونى يقوم على إرادة فى نطاق القانون الخاص ، فلا تسرى المادة ١٤ على أعمال السلطة العامة (مثل القيد فى السجل العقارى ورفع الدعوى والحكم) . ولكن يلتفت نظرنا فى هذا الشأن حكمان :

١ - الحكم الأول من محكمة بينا العليا (OLG. Jena. JW. 1929/3319) فى القضية التالية : ورث المدعى عليه مع شقيقته المدعية بينا صغيرا ، ثم تمخارج معها على أن يكون له المنزل مقابل مبلغ ٨٠٠ مارك ، وأن يثبت لها فى مواجهته هو وخلفائه القانونيين حق شفعة على المنزل بمقابل قدره ٨٠٠٠ مارك ، وقد قيد ذلك فى السجل العقارى . ولما باع المدعى عليه المنزل فيما بعد ، استعملت المدعية حقها فى الشفعة وطالبت المدعى عليه بالتخلي لها عن المنزل . هذا ، ولم ينشأ حق شفعة عينية صحيحا بسبب القيد بضمن محدد ، إذ طبقا لما تثبتت منه المحكمة أراد الطرفان الارتباط مداينة فقط (٤) .

(١ - ترجمة) ٣٢٦ : إذا كان أحد الطرفين فى عقد تبادل قد أعفر بالنسبة للالتزام الواقع على عاتقه ، فيمكن الطرف الآخر أن يحدد له الوفاء بالالتزام مدة معقولة مع إعلانه أنه يرفض الوفاء بعد القضاء هذه المدة ومثلها فى ذلك المواد الأخرى .

(٢) 1905/17 : 1904/142 JW. 106/90 ، 68/333 ، 62/68 RG.

(٣) 19/207 RG. Oertmann : السادة ٣٢٦ ، Planck م ٣٢٦ ،

RGR. Komm. م ٢٥٠ ، Staudinger م ٢٥٠ .

(٤ - ترجمة) الشفعة هى عبء يقع على عقار لصالح شخص ما (حق شفعة شخصى) أو لصالح مالك عقار معين (حق شفعة عينية) ويثبت له فى مواجهة المالك (م ١٠٩٤) فيرتبط الحق بهذا الشخص فقط (فلا يمكن ربطه بغيره) ، أو بغيره فقط (فلا يمكن ربطه بشخص : م ١٠٣٠) . ويكون الحق فى مواجهة شخص ثالث (غير طرف فى العقد الذى أنشأ الشفعة) أثر تأشيرته لتأمين حق المطالبة Anspruch الناشئ عن استعمال الحق فى ظل الملكية (م ١٠٩٨) .

لهذا حولت المحكمة حق الشفعة الباطل إلى تأشيرة بالتخلي (١) Auflassungsvormerkung ، ويكون التصرف في هذه الحدود صحيحا ، ومن أثره أن تنقل للبدعية ملكية مكتسب العقار مقابل مبلغ ٨٠٠ مارك .

هذا كما أن المحكمة العليا للدولة (RG. 104/112) ترى إمكانية تحول حق شفعة عيني باطل مقيد إلى حق شفعة شخصي تأميني عن طريق تأشيرة بالتخلي .

وهنا يلاحظ Schönwetter (٢) أن وجهة النظر هذه لا يمكن إقرارها ، لأنها تفيد أن القيد في السجل العقاري وهو عمل سلطة يكون محلا لتحول . وهذا بدوره لا يبعد أساسا في نص المادة ١٤٠ التي تتكلم عن التصرفات القانونية فقط . أما القيد في السجل العقاري فليس تصرفا قانونيا . فضلا عن أن إجازة تحول القيد في السجل العقاري ، وهو المقتل بقيود الشكل ، سوف يلحق أضرارا بالغة بالاستقرار القانوني في التعامل العقاري وبالنظام القانوني للمقارنات .

(ب) ولكن المحكمة العليا للدولة (٣) حولت مرة أخرى حوالة رهن (غير حيازي) (٤)

(١) - ترجمة التخلي Die Auflassung : هو العقد الذي يبرم بين من تخرج عنه ملكية العقار (التصرف Veräußerer) ومن يكتسب هذه الملكية ويحدد موقف كل من الطرفين بناء على العلاقة السابقة بينهما (مثلا عقد بيع أو هبة الخ) ، ويجب أن يقع إعلان الإذاعة الحاس به بحضور كل من الطرفين في نفس الوقت أمام مكتب السجل العقاري . وهو عقد مجرد ويكون باطلا إذا كان معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل (م ٩٢٥) ولما أن بقيد مباشرة أو يؤشر به على قيد سابق هو التأشير بالتخلي ، أما العمل الذي يخرج به الحق من ذمة الشخص لينقل إلى ذمة شخص آخر ونسبه بعمل التصرف Verfügung وهو بدوره تعرف مجرد .

(٢) م ١٠

(٣) جريدة رابطة الموثقين الألمان Zf. d. deutsch. Notarvereins. 31/378 (٤) - ترجمة (الرهن الحيازي لا يرد في القانون الألماني إلا على الفتولات كما يرد على الحقوق التابعة في سند ولو كانت متعلقة بعقار - أما الرهن غير الحيازي Hypothek فيرد على المقارنات فقط وعلى الحقوق العقارية القائمة بذاتها . ويجب أن يقع التراخي به ، كما هو الحال في كل أعمال التصرف العقارية Verfügungen في الشكل المحدد في المادة ٨٧٣ سواء أمام المحكمة أو الموثق أو مكتب السجل العقاري وإلا لم يكن أي من الطرفين ملتزما ، وهو عمل مجرد . ويلزم بعد ذلك قيد هذا التراخي في مكتب السجل العقاري . وهذا الرهن على نوعين سندی Briefhypothek أي يصدر عنه سند يمكن أن يكون محلا للتداول وحيث لا ينفع حق الرهن إلا بقسالم الدائن سند الرهن من المالك أو من مكتب السجل العقاري (إذا تم الاتفاق على ذلك) . أما النوع الآخر فهو الرهن السجلي Buchhypothek وهو يتطلب =

أصبح ديناً عقارياً للمالك^(١) إلى إطفاء دين عقارى طبقاً للمادة ١٤٠ .
ويشير هنا Schönwetter نفس الاعتراض مرة أخرى ، بأن حقيقة ، أن
أعمال السلطة يكون لها في الكثير الغالب آثار متعلقة بالقانون الخاص - لا تنه
الواقع من أنها لا تقوم على الإرادة الخاصة ولهذا لا تكون قابلة للتحويل .

وعن نرى أن الذي يتحول في هذه الأحوال ، ليس هو القيد في السجل
العقارى ، وإنما حق الشفعة العيني الباطل ، إلى حق شفعة شخصى تأمىنى عن طريق
تأشيرة التخلي ، وكذلك حوالة الرهن (غير الحيازى) الذى أصبح ديناً عقارياً
للمالك إلى دين عقارى . والقيد في السجل العقارى لا يغير الواقع من أن هذه
التصرفات باعتبارها كذلك ، إنما هى تصرفات قانونية ، ولهذا فإن قابليتها
للتحول لا يمكن أن تكون محل نزاع .

هـ - وكثيراً ما تكون تصرفات القانون الخاص متضمنة في أعمال إجرائية .
إذ قد يقع الإبطال في صحيفة رفع الدعوى ، كما أن التنبية والتنازل والمقاصة
والصلح هى من تصرفات القانون الخاص ولكنها كثيراً ما تقع في أوراق
المرافعات أو الأعمال الإجرائية . ولكن وقوع هذه التصرفات في إجراءات
المرافعات لا يفقدها طابعها باعتبارها تصرفات قانونية . إذ أن صحتها تتحدد من

== فضلاً عن الشروط المألوفة سابقاً أن يراضى الطرفان صراحة على إسقاط السند . ويجب قيد
هذا التراضى في السجل العقارى وحينئذ ينشأ حق الرهن بمجرد قيد هذا الاتفاق الخاص .
ولا نستطيع أن نسمى الرهن غير الحيازى في القانون الألمانى بالرهن الرسمى لأن الرسمية ليست
طابعاً مميزاً له .

(١ - ترجمة) الدين العقارى Grundschild هو تكليف يقع على العين
ومتقتضاه أن يحصل الدائن من العين على مبلغ معين أو على المبلغ وفوائده والالتزامات النجبة
الأخرى كذلك . ويجب أن يتم قبول المالك قيد الحق أمام مكتب السجل العقارى ثم يجب
ذلك القيد في السجل وبهذا ينشأ الحق . كما يمكن أن ينشأ هذا الحق لصالح مالك العقار نفسه
واسكن في هذه الحالة لا يكون له حق الإلتجاء إلى التنفيذ الجبرى .

والفرق بين الرهن (غير الحيازى) والدين العقارى أن الأول يتم تأميناً لحق شخصى يتبعه
تماماً ، كما أنه يجب أن يكون دائن الحق الشخصى هو نفس الدائن المرتهن دائماً . أما الدين العقارى
فيقوم مستقلاً عن أى حق شخصى فمفكرة تأمين الحق الشخصى لا توجد إطلاقاً . وحتى لو قام
تأميناً لحق شخصى فإنه لا يرتبط به كما في حالة الرهن . فالرهن هو حق تبى
akzessorisches recht دائماً ، أما الدين العقارى فليس كذلك .

حيث الموضوع طبقا لقواعد القانون الخاص فهي تخضع لجميع نصوصه ومنها المادة ١٤٠ . ولكن إذا وقفت آثارها الاجرائية عقبة في هذا الطريق فإن التحول يكون بمتعا^(١) .

٦ — أما الواقعة التي لا تستوفي العناصر الجوهرية للتصرف القانوني ، فلا تعتبر تصرفا قانونيا ، مثل التقادم والعمل الذي ليس تصرفا قانونيا ein nicht vorhandenes Rechtsgeschäft أو التصرف غير الموجود . ولهذا فإن المادة ١٤٠ لا تنطبق في هذه الأحوال^(٢) .

٧ — وقد تناولنا هنا تصرفات القانون الخاص بالبحث . أما ما إذا كان التحول ينطبق على تصرفات القانون العام مثل تصرفات الدولة والإدارة وإلى أى مدى . فذلك خارج عن نطاق البحث الحالي^(٣) .

وكنتيجة لهذا البحث ، نستطيع أن نقرر — كقاعدة عامة — أنه يجب أن يوجد تصرف قانوني بالمعنى الذى يبتناه حتى يجد التحول مكانا لانتطافه . أما إذا لم توجد مثل هذه الواقعة (التي تستوفي عناصر التصرف القانوني) تخلف الأساس الحقيقي لإجراء أى تحول ، وظلت المادة ١٤٠ خارج نطاق البحث .

(١) فارن Finger من ٣٠ .

(٢) Rg. 109.

(٣) رابع Pappenheim و Rogge وملحق هذه الرسالة .

الفصل الثامن

البطلان

لكي يحقق التصرف القانوني الوصول إلى الغرض المطلوب ، يجب أن يتضمن عدة أركان أساسية مثل إعلان الإرادة والمحلى وأهلية الأداء والشكل الضرورى . . . الخ . فإذا تخلفت بعض هذه العناصر ، أنتاج التصرف القانوني آثاراً أقل من الآثار المطلوبة أو فقد آثاره كلية . أما الأركان الأساسية المطلوبة للتصرف القانوني ، فهي مبينة في كتب الفقه باستفاضة ، ولهذا نكتفى بالإحالة عليها . وإنما نعرض هنا في إيجاز لأنواع البطلان المختلفة .

١ - البطلان die Nichtigkeit : التصرف القانوني الباطل هو ذلك الذى يحرمه النظام القانوني من إنتاج الأثر المطلوب والمقصود . وتسمى مجموعة القانون المدنى (الألمانى) التصرف باطلا ، إذا كان عدم إنتاجه لآثره واجبا إلى أسباب معينة بالذات ، وهى على وجه التحديد ، انعدام أهلية التصرف وعدم التمييز أو تعيب إرادته الشخص ، أو عيب فى الشكل ، أو إذا كان المضمون ممنوعا أو مخالفا للآداب أو لا يرضاه القانون ، أو استحالة الالتزام موضوعيا objectiv من بادى الأمر .

والتصرف الباطل ليس عدما حقيقيا (ein reines Nichts) إذ يوجد دائما المظهر الخارجى للتصرف ، الذى قد تكون له آثار معينة كذلك ولكن تمتنع فقط وبالذات تلك الآثار المطلوبة والمقصودة . فمثلا الإعلان الصادر عن مزاج وهو لذلك باطل (م ١١٨) ينشئ التزاما بالتعويض (م ١٢٢)^(١) ، وكذلك

(١- ترجمة) ١١٨م : إعلان الإرادة غير المقصود بصفه جدية والذى صدر مع توقع أن عيب عدم الجدية لن ينفى يكون باطلا . تنص المادة ١٢٢ على أن هذا الإعلان الباطل يترتب عليه ، إذا كان موجهاً إلى شخص آخر ، أن يلتزم المعلن بتعويض هذا الطرف الآخر أو أى شخص ==

ينشئ التصرف الباطل التزاما بالتعويض عن المصلحة السلبية das negative Interesse . لهذا يجب تمييز التصرف الباطل عن الواقعة التي ليست تصرفا قانونيا وعن التصرف غير الموجود . ففي هذه الحالة الأخيرة لا يخرج التصرف إطلاقا إلى الوجود (حتى ولا في مظهره) .

وفي كثير من الأحوال تصف المجموعة المدنية تصرفا ما بأنه غير منتج لآثاره unwirksam (أى غير صحيح) . وفي عدد كبير من التصرفات التي توصف بأنها غير صحيحة فقط يكون الأثر (المطلوب) متمما نهائيا كما في التصرفات الباطلة وتنطبق عليها جميع قواعد البطلان .

(١) لا يستطيع التصرف الباطل أن ينتج الآثار المقصودة في مواجهة أى شخص . ويستطيع كل شخص أن يتمسك بالبطلان . ويجب على القاضى أن يراعيه من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك به المدعى عليه نفسه .

(ب) يكون تصحيح البطلان متمما أساسا وكذلك بالطبع الإجازة . وحتى التحول نفسه لا يساعد التصرف الباطل على اكتساب الصحة ، وإنما تصرفا آخر (١) . ولكي يستطيع التصرف الباطل إنتاج الآثار المطلوبة ، يجب إعادة إنشائه من جديد ، وتترتب آثار هذا الإنشاء الجديد بأثر مباشر ex nunc .

والبطلان قد يكون مطلقا أو نسبيا (مقيدا) . فالتصرف الباطل مطلقا هو غير صحيح في مواجهة كل شخص ، أما التصرف الباطل نسبيا فهو باطل في مواجهة أشخاص معينين فقط ، أما في مواجهة سائر الأشخاص سواءم فهو صحيح .

والبطلان قد يكون كاملا (تاما) أو جزئيا (م ١٣٩ ألماني ، ١٤٣ مصري) : ويكون البطلان نهائيا endgültig دائما ، أما التصرف الباطل مؤقتا schwebend unwirksam أى المعلق أو الموقوف فيجب تمييزه عن التصرف

== آخر عند الزوم ، عن الضرر الذى أصابه من جراء اعتقاده صحة الإعلان ، ولكن فيها لا يزيد عن قيمة المصلحة التي كانت للعارف الآخر أو للشخص الثالث في صحة الإعلان . ولا يندأ هذا الالتزام بالدعوى ، إذا كان صاحب الحق فيه كان يعلم هذا البطلان أو كان يتعم عليه أن يلمه (أى لم يلمه بسبب إهماله) ،

الباطل نهائياً . ففى التصرف الموقوف يكون البطلان غير مؤكد . وإنما يتحقق هذا التأكد خلال واقعة لاحقة ، كما فى عمل تصرف Verfügung غير المالك الصادر دون رضا صاحب الشأن^(١) . فإذا وقع الركن المتخاف ، اكتسب التصرف الصحة بأثر رجعى ex tunc . وإذا امتنع هذا نهائياً تم البطلان بأثر رجعى كذلك ، وتعين النظر إلى التصرف كما لو كان من أول الأمر باطلاً .

٢ — قابلية الإبطال Anfechtbarkeit : وهى بطلان معقود بإرادة متعاقدة معين ، مربوط بافراض صحة التصرف صحة مؤقتة (Lehmann ص ١٥٥) . وصاحب إعلان الإبطال — الذى تحمى قابلية الإبطال مصلحته — هو وحده الذى يستطيع أن يعمل الإبطال وذلك بإعلان إرادة من جانب واحد einseitig غير شكلى formlos ومحتاج إلى استلام empfangsbedürftig (ألماني) (٢) . والإبطال بعدم التصرف كلية بأثر رجعى ex tunc ويصبح كأنه كان من أول الأمر باطلاً . ويكون التصرف ، بعد الإبطال ، باطلاً فى مواجهة كل شخص ، ويستطيع كل شخص أن يتمسك بالبطلان ، وعلى القاضى أن يراعيه من تلقاء نفسه . والتصرف القابل للإبطال يمكن إجازته ، والإجالة هى تنازل عن حق الإبطال وليست إنشاء جديداً للتصرف كما هو شأن التصرف الباطل .

٣ — عدم الصحة النسبى relative Unwirksamkeit : التصرف غير الصحيح نسبياً هو تصرف ترتب عليه آثاره القانونية بصفة عامة ، ولكن يقيد هو أن مصالح معينة لأحد الطرفين ، وهى التى يريد المشرع حمايتها ، تغفل قائمة محترمة ،

(١) المواد ١٠٨ و ١٧٧ و ١٨٥ و ٣١٣ و ٥١٨ من مجموعة القانون المدنى الألمانى : (ترجمة) ونصم ١٨٥ مثلاً على أن عمل التصرف Verfügung انصافاً من لائمه ، على شىء يكون صحيحاً إذا تم برضا من له الحق . ويصبح صحيحاً إذا أقره من له الحق أو إذا اكتسب التصرف القوى أو إذا وروته من صاحب الحق ، وكان مسئولاً بصفة مطلقة عن ارتباط التركة بذلك . وفى الحالتين الأخيرتين ، إذا وردت على الشىء أعمال تصرف مختلفة تكون فى تناقض مع بعضها ، صحت السابقة منها فقط (قانون المواد ٤٦٦ ، ٤٦٧ مصرى بشأن بيع ملك الغير) .

(٢) (ترجمة) م ١٤٣ : يتم الإبطال بإعلان يوجه إلى الخصم فى الإبطال . والخصم فى الإبطال هو فى العقود الطرف الآخر ، وفى حالة المادة ١٣٣ فقرة ٢ هو ذلك ، الذى اكتسب من المبد مباشرة حقاً . وفى التصرفات من جانب واحد . الخ .

كما لو كان التصرف غير صحيح إطلاقاً (Bonacceras ص ٨٧٦)^(١) . ويختلف عدم الصحة النسبي عن البطلان في قصر عدم صحة التصرف على أشخاص معينين ، ويختلف عن قابلية الإبطال في أن عدم الصحة ، في الحدود التي يعمل فيها ، يتحقق بقوة القانون ipso iure ولا يحتاج إلى عمل لإرادة من الشخص المطلوب حمايته بحقوقها ابتداء . ومثل ذلك عدم الصحة بسبب المنع من التصرف Veräußerungsverbot : فالتصرف صحيح ، ولكن يعامل كما لو كان غير صحيح وذلك لمصلحة أشخاص معينين . وعلى عكس البطلان المطلق فإن تصحيح عدم الصحة النسبي يمكن وذلك (١) إما بزوال سبب عدم الصحة ، (ب) أو بتنازل المقصود بالتحريم حمايته عن التمسك بعدم الصحة وإعماله ، ومثل ذلك المادة ١٣٥ و ١٣٦ مدني .

٤ - قابلية السقوط die Vernichtbarkeit : ويدور الأمر هنا حول صحة مؤقتة مرتبطة بإمكان البطلان ، ليس فقط عن طريق إعلان إرادة مستفيدين معينين يتجه خاصة إلى ذلك ، وإنما كذلك خلال ملازمات أخرى تعمل على عدم التصرف مستقلة عن إرادتهم ، فثلاً الزواج القابل للإسقاط (م ٣٣ وما بعدها من قانون الزواج) يمكن لإنهاؤه عن طريق الموت أو الطلاق كذلك . ويمثل التصرف في هذه الحالة التصرف القابل للإبطال في أنه يعتبر صحيحاً إلى أن يعلن

(١- ترجمة) م ٩٣٥ : إذا خالف عمل التصرف Verfügung الوارد على شيء نصاً قانونياً مانعاً من التصرف ، يستهدف حماية أشخاص معينين فقط ، فيكون غير صحيح في مواجهة هؤلاء الأشخاص فقط . ويشبه بعمل التصرف الناشئ عن تصرف قانوني ، عمل التصرف الذي يتم خلال التنفيذ الجبري أو التنفيذ التهديدي

م ١٣٦ : المنع من التصرف الصادر من محكمة أو سلطة أخرى داخل حدود اختصاصها ، يعامل كالتعاقب في التصرف المشار إليه في المادة ١٣٥ .

ويقابل هذه الحالة ما يسمى في الفقه الفرنسي والمصري بعدم النفاذ inopposabilité والواقع أن عدم نفاذ التصرف في مواجهة شخص معين إنما هو نتيجة لما يشوب هذا التصرف من عيب وليس هو نفسه العيب الذي يشوب التصرف ، أما هذا العيب الذي يؤدي إلى عدم النفاذ فيفصل الفقه والقضاء عن البحث عنه وتحديدته ويكتفي بهذه الصبغة العامة طمساً ينطى به المشاكل ويزعم أنه وجد لذلك حلاً هو أن يحلها في الواقع . فعدم النفاذ هو نتيجة عدم صحة التصرف ، وليس هو نفسه عدم صحة التصرف .

إبطاله على أساس دعوى الإسقاط . وعلى أى حال فإن الإسقاط يعمل فى كثير من الأحوال بأنزاح *ex nunc* . وعلى عكس الإبطال ، فإن النتيجة القانونية التى تترتب مؤقتا ، يمكن أن تزول لأسباب أخرى مستقلة تماما عن إعلان إرادة أصحاب الشأن المحددين الموجهة إلى إزالة التصرف *Vernichtbarkeit* . كما يختلف الإسقاط عن الإبطال كذلك فى اتساع دائرة من لم حق رفع الدعوى (١) .

وبهذا نصل إلى بحث قابلية الأنواع المختلفة من التصرفات غير الصحيحة للتحويل .

أولا : التصرف الباطل

تكلم المادة ١٤ عن تحول التصرفات الباطلة .

١ — لهذا لا يخضع التصرف الذى لم يكتمل بمسند *unvollkommenes Rechtsgeschäft* وما ليس تصرفا قانونيا *Nichtrechtsgeschäft* أو التصرف غير الموجود *nicht vorhandenes Rechtsgeschäft* للتحويل . إذ فى هذه الأحوال تقوم واقعة لا يعقد بها القانون أية آثار قانونية . فهى غير قابلة للتحويل إذ تقتضها إرادة التصرف التى تبرر التحول (٢) . وقد حكمت المحكمة العليا الدولة *RG* (٣) أن أساس التحول يكون إذن قد تحلف كذلك ، إذا تحلف تراعى الطرفين . وكذلك فإن المعاشرة غير المشروعة *Konkubinat* أو الزواج الذى تم أمام الجهة الديلية فقط ، لا يكونان مثلا زواجا صحيحا إذ يدور الأمر فى ذلك حول وقائع تقع خارج نطاق القانون ، لا يعترف بها ولا يسمها ، فهى لذلك غير قابلة للتحويل . ومن الواضح بكل تأكيد ، أن غاية التحول هى حماية المتعاقدين الذين لا يمكنهم تحقيق أغراضهم القانونية أو الاقتصادية بسبب جهلهم بالحقائق القانونية . أما إذا كان عمل الطرفين واقعا خارج نطاق القانون ، فليس ثمة ما يبرر تقديم هذا النوع .

(١) Lehmann س ١٥٠ وما بعدها ، Enneccerus طبعة ١٤/١٨٦١ وما بعدها .

(٢) Weil س ٤٥ ، Wiechel س ١٦ ، Finger س ٤٠ ، Küntzel و

س ١٦ و Voss س ٤١ .

(٣) *JW.* 1918/ 765 = *RG.* 93 / 360

ولذلك فإن التصرف الصادر عن فاقد أهلية الأداء (المادة ١٠٤) أو فاقد الإرادة (١٠٥م ف٣) أو التصرف الذي تم مزاحا أو على سبيل الصورية هي جميعها تصرفات غير قابلة للتحويل (١) .

فإذا أنشأ مالك عقار رهنا (غير حيازي) لصالح دائن ومضى ، فلا يمكن استبقاء هذا الرهن الباطل على أساس المادة ١٤٠ باعتباره ديناً عقارياً للمالك ، لأن الأمر هنا عمله تصرف غير مكتمل لا تصرف باطل (٢) .

فإذا وضع س مشروع لإيجاب هبة ، وافق مصادقة عناصر الوصية اليدوية ، ثم مات س هذا بعد تركه هذا الإيجاب ، فلا يستبقى هذا الإيجاب نفسه باعتباره وصية حتى ولو كان هذا موافقاً لإرادة س الفرضية . لأن س لا توجد له إرادة حقيقية تدخل في الاعتبار (المحرر هو مجرد مشروع) ولهذا وبحق لا يمكن أن تكون إرادته الفرضية بداءة محل اعتبار (٣) .

وإذا أراد س أن يوصى في الشكل الرسمي وأنشأ في بادئ الأمر مشروعاً بذلك ، وافق أركان وصية خاصة ، ثم توفى قبل أن يتمكن من إتمام الوصية الرسمية ، فإن هذا المشروع الخاص لن يكتسب الصفة طبقاً للمادة ١٤٠ لأنه ليس تصرفاً قانونياً بل هو واقعة لا تعد تصرفاً *Nichtrechtsgeschäft* إذ أن إرادة س في الإعلان متخلفة (٤) .

٣ - ويتضح من صريح نص المادة ١٤٠ أنه إذا وافق تصرف باطل أن التصرف الصحيح غير قابل للتحويل إذ يجب أن يصح في الصورة التي أرادها الطرفان ، إذ تقوم صحته حينئذ على الإرادة الحقيقية للطرفين . فلا حاجة هنا ،

(١) في التصرف الصوري ، يكون التصرف المستور قابلاً بطبيعة الحال ، للتحويل .

(٢) Finger ٤٠ ، ويكون الأمر مختلفاً إذا كان الدائن المرتهن معتل العقل ، ولهذا كان التراضي باطلاً ، إذ هنا يكون مالك العقار القوي وثيق في صحة إنشاء الرهن ، جديراً بالحماية ضد رجوع الدائنين اللاحقين عليه والسكن هذا لا يصادف عملاً في الحالة المعروضة أعلاه .

(٣) v. Turb. الجزء العام من القانون الألماني . ج ٢ مجلد (١) بند ٥٦ خامساً

II. 1. § 56. V.

(٤) Finger ٤٠ .

بل لا يجوز ، البحث عن التحول — خلال إرادة فرضية الطرفين ثم إعمال هذه الإرادة — لتقرير مساعدة احتمالية للتصرف ؛ إذ يجب ، دون شك ، أن تصح الإرادة الحقيقية التي يقرها القانون وأن تنتج أثرها (١) .

٢ — أما جميع حالات البطلان الحقيقية فهي قابلة للتحويل سواء في ذلك أن قام البطلان بسبب تخلف ركن منثى (يجب أن يتوافر وجوده لنشوء التصرف) أو لوجود سبب مانع قانونا من نشوء التصرف (٢) . فلا أهمية لسبب البطلان في مجال تطبيق المادة ١٤٠ . فالبطلان الناشئ عن عيب في الشكل أو تخلف أى ركن قانونى آخر أو مخالفة نص قانونى مانع أو الآداب لا يعوق إجراء التحول .

أما إذا كان بطلان التصرف Rechtsgeschäft واجبا إلى أن عمل التصرف Verfügung الناقل للحق المعنى صدر عن لا يملكه فقد يصعب تطبيق المادة ١٤٠ نظرا لأن التصرف الثانى غالبا ما يكون مشوبا بنفس العيب (٣) ولكن التحول لا يكون في مثل هذه الأحوال ممتنا تماما ، فثلا يمكن للمالكى سند الرهن أن يتصرفا فيه باشترا كما معا فقط ، ولكن يملك كل واحد منهما على انفراد ، أن ينشئ بالنسبة لشخصه فقط التزاما صحيحا بالآ يكون له حق استرداد السند من شخص ثالث ، فهو يستطيع إذن أن ينشئ على السند حق حبس (٤) يكون صحيحا وإنما في مواجهته هو فقط . ويمترض الاتفاق على حق الحبس هذا ، حق ذلك الدائن المرتهن (في الرهن غير الحيازى) في الاسترداد . ولهذا يمكن كذلك استبقاء الرهن

(١) قانون كذلك في القانون المصرى : بهجت بدوى ص ٤٠٠ ، السهورى : المقدم ص ٦٣٥ ، المصادر ص ٤٩٩ حيث يضرب مثل عقد الهبة الصحيح الذى يوافق وصية ، فلا مجال للتحول حتى ولو أمكن افتراض أن الطرفين كانا يفضلان إنشاء الوصية ، لأن عقد الهبة صحيح .

(٢) Schönwetter ص ١٥ ، Finger ص ٩٤ .

(٣) RG. 124/31 ؛ RG. "Recht". 1908. Nr. 1944 .

(٤) سترجة حق الحبس في القانون الألمانى ليس حقا عينيا ، وإنما هو حق ناشئ عن علاقة الارتباط التى تقوم بين التزامين ناشئين عن نفس العلاقة القانونية (فارق ص ٢٤٦ مهورى) . وتنظم المادة ٢٧٣ الواردة في الباب الأول من الجزء الثانى من قانون المداينات وهو الباب الذى ينظم الالتزامات بصفة عامة (يقابل لدينا أحكام الالتزام) .

الحيازي الوارد على سند الزهن (غير الحيازي) الذي أنشأه واحد فقط من أصحاب الحق . ويكون صحيحا في مواجهته هو فقط ، باعتباره حق حبس واردا على هذا السند (١).

٤ - استثناء من قاعدة أن التصرف الباطل لا يمكن تصحيحه ، فنشئ المواد ٣١٣ فقرة ٢ ، ٥١٨ ف٢ ، ٧٦٦ ف٢ (٢) استثناء مقتضاه تصحيح البطلان إذا تم الوفاء . وهنا تنطبق المادة ١٤ بصفة أساسية إذ أن هذه الحالات هي حالات تصرفات باطلة . ولكن إذا قام وجه معقول يرجح أن العقد الباطل سوف ينفذ ، فلا تقوم أى حاجة إلى التحول ، لأن التصرف المراد أولا يوافق إرادة الطرفين ومصلحتهما أكثر من ذلك الناشئ عن التحول ، ولهذا لا تنطبق المادة ١٤ . إذا كان التصحيح متوقفا أو واقعا حتما (مثلا إذا كان عقد التخلل Auflassung عن العقار قد تم فعلا ولكن لم يتم التسجيل بعد) . (٣) .

٥ - أما المعيار الخامس فهو بطلان التصرف في وقت إبرامه . فالتصرف يجب أن يكون من بادي الأمر باطلا ، فالبطلان يجب أساسا أن يكون صفة ينطوي عليها التصرف في ذاته (٤) . أما إذا كان التصرف صحيحا في وقت انعقاده ، ومنتجا بوصفه هذا لآثاره فعلا ، ولكن فقد صحته فيما بعد لسبب ما

(١) RG. 66/28 Fischer ، ٣٤ Finger ، ٤٢ .

(٢) - ترجمة م ٣١٣ : يحتاج العقد الذى يلزم فيه أحد الطرفين بنقل ملكية عقار ، إلى التوثيق أو المحكمة أو أمام الموثق (أى إلى الشكل الرسمى) . ويكون العقد الذى أبرم دون مراعاة هذا الشكل في مجموع مضمونه صحيحا ، إذا كان عقد التخلل Auflassung قد تم وكذلك التيد في السجل العقارى .

م ٥١٨ : يتطلب لصحة العقد الذى يتضمن وهذا بالتزام على سبيل الهبة ، إلى الشكل الرسمى (أمام المحكمة أو الموثق) . ويسرى ذلك أيضا إذا كان الوعد بالدين أو الإقرار بالدين قد تم على سبيل الهبة على الوجه المبين في المادة ٧٨٠ ، ٧٨١ بالنسبة لإعلان الوعد أو الإقرار . ويصح عيب الشكل بتنفيذ الالتزام الموعود به .

م ٧٦٦ : يتطلب لصحة عقد الكفالة أن يكون إعلان الكفالة قد تم كتابة . ويصح عيب الشكل طالما أن الكفيل قد نفذ ارتباطه الأساسى .

(٣) Finger ، ٤٢ .

(٤) Bismann ، ١٢ Schönwetter ، ١٣ Bischer ، ٢٦ .

٦٩ ، Weil ، ٤٢ .

(مثلا فسخ العقد ، العدول عن هبة أو عن وعد بمجازاة ، أو استحالة لاحقه) فلا يقوم بذلك أى أساس لإجراء التحول .

فثلا إذا كان كل من طرفي العقد في وقت انعقاده أهلا للتصرف ، ثم أصبح أحدهما بعد ذلك بسبب مرض عقلي فاقدا أهلية الأداء ، فلا يقوم هذا أساسا للتحول . فالتصرف قد انعقد في الواقع صحيحا ، وهو على هذا الوجه غير قابل للتحول (١) .

وتشابه ذلك حالة سقوط حق المطالبة der Anspruch الناشئ عن التصرف بسبب التقادم لأن التقادم ليس بطلانا ولهذا لا يمكن تحول التصرف (٢) .

٦ - وفي كثير من الأحوال تتكلم مجموعة القانون المدنى عن حالة « عدم صحة unwirksamkeit » بينما يدور الأمر في الحقيقة حول بطلان بمعناه الفنى الضيق ، أى حالة عدم صحة تقوم بالتصرف من أول الأمر ولا يمكن تصحيحها (٣) . فيجب هنا إذن أن تنطبق كافة القواعد القانونية التى تسرى على حالات البطلان الحقيقية ، فتسكون المادة ١٤٠ منطبقه فى مثل هذه الأحوال كذلك (٤) . فإذا كانت المحكمة العليا للدولة RG. 79/306 قد رفضت تطبيق المادة ١٤٠ على مثل هذه الأحوال بحجة « أن التصرفات غير الصحيحة لا تنتمى طبقا للاصطلاح اللغوى فى مجموعة القانون المدنى إلى التصرفات الباطلة » ، فإنه بذلك يكون قد فاتها أن مجموعة القانون المدنى لا تعرف تحديدا واضحا بين التصرفات الباطلة والتصرفات غير الصحيحة . ففكرة البطلان وفكرة عدم

(١) Fischer ص ٦٩ .

(٢) RG. 109. Siller ص ١٦٥ .

(٣) مثلا المواد ١١١ ، ١٧٤ ، ١٨٠ ف ٣ ، ٣٤٤ ، ٣٨٨ ، ٤١٠ ، ٤٢٥ ف ٢ ، ١١٦ ، ١٢٣٥ ف ٢ ، ١٩٥٠ ف ٢ ، ٢١٠١ ، ٢١٧١ ، ٢١٨٠ ف ٢ ، ٢٠٢ ف ٢ من مجموعة القانون المدنى .

(٤) Bueccerus ج ١ بند ٢٠٢ خامسا ص ٨٧٤ ، Fischer-Henle المادة ١٤٠ ، Fischer ص ٢٠ ، Schönwetter ص ١٥ ، Finger ص ٤٤ ، Wiechell ص ١٧ ، Bichmann ص ١٤ ، Brasch ، Staudinger المادة ١٤٠ Küntzel ص ١٧ .

الصحة لا تتميزان عن بعضهما بدقة في مجموعة القانون المدني . ولهذا فإنه لا يمكن أن يستخلص التحديد الصحيح لكل من الفكرتين من الاصطلاح اللغوي بأية حال .

وعلى هذا يمكن استبقاء التصرف الناقل للحق العيني (عمل التخل *Auflassung*) والمقترن بشرط (وهو لهذا باطل) باعتباره اتفاقا على إنشاء حق فسخ للتصرف *Veräußerer* (في الحق)^(١) . وكذلك يمكن تحوّل المقاصة^(٢) المشروطة والباطلة لهذا السبب طبقا للمادة ٣٨٨ . والتي أعلن الطرف الآخر رضاه بها إلى عقد مقاصة .

فإذا نبه القاصر س بإنهاء عقد إيجار ، ورضى المستأجر بهذا التنبيه ،^(٣) فيمكن حينئذ الإبقاء على إعلان التنبيه الصادر من القاصر والباطل طبقا للمادة ١١١ ، باعتباره إيجابا لعقد إقالة من الإيجار الذي يخرج إلى الوجود إذا قبله المستأجر ، ولكن يكون بطبيعة الحال ، موقوفا^(٤) .

فإعلان التنبيه الباطل الذي يقبله الخصم ، يمكن أن يستبقى باعتباره إيجابا

(١) *v. Tuhr* ج ٢ مجلد ١ بند ٥٦ خامسا ، *Manigk* في *Arch.* من ٥٢٩ ،
Oertmann بند ٤٥٥ ، *Enneccerus* ج ١ مجلد ٢ بند ١١٨ أولا ، *Planck* مادة
٤٥٥ ، *Finger* من ٢٥ ، *Michaelis* من ٥٦٦ ، *Leonhard* من ٤٥٥ ،
Lehmann من ١٤٤ .

(٢-٣) تنص المادة ٣٨٨ : تتم المقاصة بإعلان يوجه إلى الطرف الآخر ويكون الإعلان غير صحيح إذا صدر مطلقا على شرط أو مضافا إلى أجل . قانون م ٣٦٥ مصري .

(٣) هذا التنبيه الصادر من جانب واحد هو باطل تماما وأيس موقوفا ، إذ لا يمكن أن يطلب من الخصم تحمل قيام موقف التعليق ، إذ لا تأثير للطرف الآخر على الإعلان الصادر من جانب واحد ، وحينئذ سوف يفرض عليه موقف التعليق رغم إرادته . والأمر في العقد غير ذلك . فالطرف الآخر ليس في حاجة إلى التعاقد مع القاصر ، فإذا تعاقد رغم ذلك ، فيجب عليه أن يرضى بموقف التعليق على مسؤوليته ، إذ ليس ثمة مبرر لتقرير حمايته له ، إذ رداها هو من جانبها .

(٤) تنطبق هنا المادة ١٤٠ رغم أن التصرف الجديد ليس كامل الصحة وإنما موقوف ، إذ تقوم على الأقل إمكانية أن يصبح التصرف صحيحا كذلك ، بينما الإعلان الصادر من جانب واحد هو باطل بصفة نهائية وغير قابل للتصحيح . انظر فيما بعد *فانن* *Finger* من ٤٤ .

لعقد إقالة^(١) (عقد إنهاء العقد المنبئ بإنهاؤه)^(٢) .

لذا يجب التسليم بأن الأمر في مثل هذه الحالات من أحوال عدم الصحة ،
أى عدم الصحة النهائية والتي لا يمكن تصحيحها ، بدور في الواقع حول بطلان
حقيقى ، ولهذا تنسحب المادة ١٤٠ كذلك على مثل هذه الأحوال .

ثانيا : التصرف الموقوف

يكون التصرف موقوفا إذا كان ، كما سبق القول ، لم يستوف عنصرا من عناصر
الصحة التى يمكن استيفاؤها فيما بعد ، فهو موقوف لأن صحته أو بطلانه لم يقرر
بعد بصفة نهائية^(٣) . ويمكن أن يذكر في هذا الشأن الحالة التى يتطلب فيها ، لصحة

(١-ترجمة) الإقالة في المبرعة هي التراضى بين طرفي العقد على رفع حكم العقد السابق القائم بينهما ،
فهى إنهاء للعلاقة التعاقدية القائمة بتراضى جديد ، وقد جاء في البدائع ج ٥ ص ٣٠٦ ، أما
بيان ما يرفع حكم البيع ... وقوع لا يرتفع إلا بالإقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع
الصحيح الخالى عن الخيار . ونحن نفضل التعبير الشرعى هنا لدقته ومطابقته الواقع .
(٢) Finger ص ٤٥ ، Staudinger مادة ٦٢٠ .

(٣-ترجمة) ولعل الموقوف في المبرعة يوضح هذا الأمر خاصة وأتأ اخترانا الاصطلاح الشرعى
للدرجة ، وذلك أن الاصطلاح الألمانى .منه معنى أو موقوف ، فهو يتفق مع الاصطلاح الشرعى
في اللفظ والحكم . أما الميوس التى تشوب العقد في المبرعة (راجع السكاسانى - البدائع
ج ٥ ص ١٣٤ وما بعدها) فقد تؤدى إلى عدم انعقاده أو إلى عدم نفاذه أى وقفه أو إلى
عدم صحته أى قساده .

أولا : فإذا تخلفت شروط الانقضاء وهي ركن العقد وشروط الركن لم ينقذ العقد .
أما ركن العقد فهو البيع مثلا بمبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب بالقول أو بالفعل (ص ١٣٣)
أما شروط الركن : ١ - قبضها يرجع إلى العاقد وهي (١) أن يكون عاقلا أهلا للتصرف
(ص ١٣٥) (ب) وأن يتمدد فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين في باب البيع إلا الأب فيها
بيعه مال نفسه إلى ولده . ٢ - وبعضها يرجع إلى نفس العقد وهي موافقة القبول للإيجاب
(ص ١٣٦) . ٣ - وبعضها يرجع إلى مكان العقد وهي اتحاد المجلس (ص ١٣٧) . ٤ - وبعضها
يرجع إلى الموقوف عليه (ص ١٣٨) وهي أن يكون (١) موجودا (ب) وأن يكون مالا
(ج) وأن يكون مملوكا (د) للبائع عند البيع (يتصرف باسم نفسه) (هـ) وأن يكون
مقدور التسليم . فإن تخلف شرط من هذه الشروط لم ينعقد العقد .

ثانياً : أما شروط النفاذ فهي نوعان ١ - أحدهما الملك أو الولاية (يتصرف باسم =
(م - ٨ تحول التصرف القانونى)

التصرف على وجه نهائي ، موافقة شخص ثالث أو إقراره ، كما في المواد ١٠٨ ، ١٧٧ ، ٤٥٨ ، ٨٨٠ ف^٢ ، ١٣٩٦ ، ١٤٤٨ ، ١٨٣٩ من مجموعة القانون المدني^(١) . كما تنحى إلى ذلك أيضا الأحوال التي يتطلب فيها حتى يكتسب التصرف

غيره كالفصول (فهنا ينقصد العقد موقوفا على إجازة المالك (س ١٤٨) . ٢ - أما الولاية فنوعان : وهى الوكالة والولاية الشرعية . وأوضح مثل لحالة العقد الموقوف حتى يبيع ملك الغير (س ١٤٨ - ١٤٩) ، فيقول الكسانى أن شرائط التصرف هى الملك والولاية . أما الملك (فى البيع) فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع ، فلا ينفذ بيع الفصول لانعدام الملك والولاية ؛ ولكنه ينقصد موقوفا على إجازة المالك ... وعندنا هذا التصرف مفيد فى الجملة ، وهو ثبوت الملك فيها ينضّر المالك بزواله موقوفا على الإجازة ؛ إما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شيء من ذلك عند العقد إنما يظهر عند الإجازة ، وهو نصير التوقف عندنا أن يتوقف الحواب فى الحال أنه صحيح فى حق المحكم أم لا . ويقطع القول به لاجل ولكن يقطع القول بصحته عند الإجازة . وهذا جائز وله نظائر فى المصرع ، وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشتري .

ثالثا : أما شروط الصحة فيقول الكسانى (س ١٥٦) : الصحة أمر زائد على الانعقاد والنفاذ ، فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ والانعقاد وهى ١ - أن يكون البيع معلوما معلما يمنع من المنازعة فإن كان أحدهما مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع . ٢ - أن يكون المبيع مقدور التسليم من غير ضرر يلحق بالبائع ٣ - الخلو من الشروط الفاسدة . راجع فى ذلك أيضا الدكتور شفيق شحاتة - نظرية الالتزامات فى الشريعة ص ١٤٩ وما بعدها .

هذا ومن رأى الدكتور شفيق شحاتة أن يبيع ملك الغير ورهن ملك الغير فى القانون المصرى الحالى هى تصرفات موقوفة (النظرية العامة للتأمين المسمى ج : مصادر التأمينات المعينة ص ٧٨ بند ٩١) على خلاف من رأوا أنها باطلة بطلانا نسبيا أو مطلقا أو بطلانا من نوع خاص . ونحن نؤيد الدكتور شفيق شحاتة فى رأيه هذا للأسباب التى أوردتها ولأسباب أخرى ليس هنا محل الإفاضة فيها . ولا حجة لدينا فى وصف المصروع لهذه التصرفات بأنها باطلة لأن القاعدة فى نظرنا هى أن وضع المحكم من عمل المصروع يجب الالتزام به ، أما وصف المحكم فهو عمل الفقيه أو القاضى وإذا تدخل المصروع وقام به لم يكن فى ذلك ما يقيد الفقيه والقاضى .

(١ - ترجمة) م ١٠٨ . إذا أبرم القاصر عقدا دون موافقة نائبه القانونى المستترمة ، فتتوقف صحة العقد على إقرار النائب . م ١٧٧ : إذا أبرم شخص عقدا باسم شخص آخر دون (أن تكون له) سلطة النيابة ، توقفت صحة العقد لصالح أو ضد المذنب عنه على إقراره .

م ١٣٩٦ : إذا أبرجت المرأة عمل تصرف خلال عقد دون موافقة الزوج فى الأموال التى أحضرتها معها ، توقفت صحة العقد على إقرار الزوج

كامل الصحة ، تعيين مضمون الالتزام من جانب شخص ثالث (المواد ٣١٩ ، ٢١٥٦) أو رد شيء (م ٣٥٤) أو الإعلان إلى شخص ثالث (م ١٢٨٠) أو يصبح الالتزام ممكنا (م ٣٠٨ ، ٢١٧١)^(١) ، أو تحقق شرط أو حلول أجل اقتتاحي (م ١٥٨ ، ١٠٣) .

ونفرق في هذا الشأن بين حكم التصرف بعد انتهاء التعليق وأثناء التعليق .

١ - بعد انتهاء الوقف :

لما كان سبب عدم الصحة هنا مستقرا في التصرف نفسه ولا يمكن تصحيح التصرف بعد انتهاء الوقف على وجه سلبى بأى حال ، فإن التصرفات التى من هذا النوع تشبه التصرفات الباطلة إلى أكبر حد . فعدم الصحة ، وإن كان لم يقع إلا فيما بعد ، مستقر دائما في ذات التصرف من بادية الأمر ، ولم يتحقق بسبب عامل خارجى أولا حق . فالتصرف يشبه في هذه الحالة التصرف الباطل ويجب أن يلقى نفس معاملته ، ولهذا تنطبق المادة ١٤٠ في هذه الحالة كذلك^(٢) .

ولكن المحكمة العليا للدولة RG. ^(٣) أبت الأخذ بالتحول في هذه الحالة في القضية التالية : كان المدعى عليه قد ارتهن (حيازة) من مدينه حقا ، وكان الرهن باطلا بسبب تخلف الإعلان الواجب طبقا للمادة ١٢٨٠ ، ثم وقع المدين في الإفلاس ، ثم أحال الحق المرهون بعد موافقة مدير التفليسة إلى المدعى . ثم تنازع الطرفان حول من يخصه مبلغ الدين المودع من المدين الثالث . ونظرا لأن الإعلان أصبح لا يمكن استيفاؤه لأن المحيل — وهو وحده الذى كان يمكنه

(١) — ترجمة : م ١٢٨٠ : أصبح رهن (حيازة) الحق ، الذى يكنى لنقله عقد الحوالة فقط إذا أعلمه الحائث إلى الدين فقط (قانون م ١١٢٣ مصرى) .

م ٣٠٨ : لا تفترض استعجال الالتزام صحة العقد إذا كان من الممكن أن ترتفع هذه الاستعجال وكان العقد قد أبرم لحالة ما يصبح الالتزام ممكنا .

(٢) Fischer م ٢١ ، ٨٠ ، Bichmann م ١٣ ، Siller م ١٦١ ، Küntzel م ١٧ ، Finger م ٤٧ ، Wieschell م ٢٠ ، Schönwetter م ١٦ ،

Enneccerus م ٢٧٨ ، Michaelis م ٥٦٧ ، v. Brasch .

(٣) RG 79/306

استيفاء الإعلان - لم يكن مستعدا لذلك ، فقد قامت حاله عدم صحة نهائية - وقد حكمت المحكمة العليا لميونخ OLG. München باعتبارها محكمة استئناف لصالح المدعى عليه بتطبيق المادة ١٤٠ ورأت أن التصرف الجديد الذي كان يمكن أن يريده الطرفان لو علنا بالعلان هو حوالة أو توكيل بالقبض . ولكن المحكمة العليا للدولة لم تقرر هذا بحجة أنه لا يوجد أدنى ما يبرر أن المشرع أراد في المادة ١٤٠ ، أن تفهم تحت التصرفات الباطلة تلك (التصرفات الموقوفة) كذلك (١).

ولا يمكن إقرار وجهة نظر المحكمة العليا للدولة هذه للأسباب التالية :

١ - فهي تقوم على الحجة القائلة بأن التحول جائز وروده على التصرفات الباطلة فقط لأن المادة ١٤٠ تكلمت عن البطلان فقط لا عن عدم الصحة (وهذا هو الاستدلال بطريق العكس argumentum e contrario) أى تقوم إذن على تفسير حرفي لنص المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني . وقد سبق أن بينا أن الاستعمال القوي في مجموعة القانون المدني ليس دليلا قاطعا على أن المادة ١٤٠ لا تنطبق على حالات عدم الصحة . لهذا يجب ألا يكون التحول في هذه الأحوال ممتعا (٢).

٢ - طبقت المحكمة العليا للدولة RG. نفسها (٣) المادة ١٣٩ وهي تتكلم بدورها عن البطلان فقط ، على التصرفات الموقوفة كذلك . وهذا بدوره يجب أن يصح بالمثل بالنسبة للمادة ١٤٠ لأن التصرفات الموقوفة تكون بعد سقوط عنصر صحتها ، هي والتصرفات الباطلة سواء ، ولهذا تكون قابلة للتحويل .

(١) يقره Warneyer ص ٢٥٤ ، Staudinger المادة ١٤٠ ، Leonhard ص ٤٥٣ الذي يضرب على أى حال مثل تحول فنييه بإنهاء قرص بفائدة من جانب قاصر ، وهو لذلك باطل ، إلى إنذار متعلق بالدين الذي أنشأه الموصى تملا قبل ذلك وهو على أى حال . يقول أن ذلك لا يتفق مع طريقة القانون في التعبير .

(٢) Gleim وكافة الكتاب الآخرين .

(٣) RG. 93/334 ، والمادة ١٣٩ هي الخاصة بالعلان الجزئي (الإنقاس) انظر

٣ - إن تشابه حالة المادة ١٢٨٠ مع حالة الإبطال ليس قويا إلا في ظاهره فقط . ويلاحظ v. Brasch (١) على ذلك أن التصرف القابل للإبطال المقصود في هذه الحالة ، هو هذا التصرف قبل الإبطال ، ولكن المقارنة لا يمكن أن تقوم بين مثل هذين التصرفين لأن كلا منهما من نوع مختلف تماما عن الآخر .

وفي هذا الشأن يقول Finger (٢) : أنه بينما أن البطلان يكون قد أريد في حالة الإبطال ، فإن الطرفين في حالة رهن الحق قد لا يعلنان إطلاقا بضرورة الإعلان إلى المدين فلا يدخلان إذن حالة عدم صحة التصرف في أحدهما . وبذلك يتأثر اعتراض المحكمة العليا للدولة ، من أن عدم الصحة يقع في حالة المادة ١٢٨٠ بمقتضى ما تقرره إرادة أحد الطرفين تقررا حرا . ولكن حيث يكون عدم الصحة قد أريد ، كما لو كان الإعلان قد ترك عمدا مثلا ، فإن التحول يحكون متمما (٣) .

ونحن نقر هذا الرأي ، ونعتقد أن المادة ١٤٠ تنطبق في هذه الحالة طبقا للقواعد السابق ذكرها ، وأن الاعتراض على التحول في هذه الحالة لا يقوم على بحث الطبيعة القانونية للإيقاف ، وإنما على النظر في توافر شرط آخر من شروط التحول هو الإرادة الفرعية للطرفين لو كانا يعلنان البطلان .

وهذه في الحقيقة ، هي المسألة محل النزاع هنا .

٤ - ثم يرتفع الاعتراض بأنه في حالة الوقف ، يكون من غير المتيقن ، ما إذا كان وقت انعقاد العقد أو وقت تحقق عدم الصحة بصفة نهائية ، هو الفصل في مسألة ما إذا كان الطرفان كانا يريدان تصرفا آخر لو علما بالبطلان . ولكن هذا الاعتراض ليس هو الآخر بالصحيح ، وذلك أن عدم الصحة في حالة التصرف

(١) من ص ٥٠ .

(٢) من ص ٥٠ .

(٣) v. Brasch من ٩٨ ، Finger من ٤٨ ، Schönwetter من ١٦ ، Künzel من ١٧ . وفي هذه الحالة لا تصادف وجهة نظر v. Tuhr (ج ٢ - ١ - ٢٨٨) مما لا شك فيه ، من أنه عند تخلف الإعلان طبقا للمادة ١٢٨٠ يكون التصرف لا باطلا وإنما غير كامل (أي ليس تصرفا قانونيا) فالإعلان هو شرط صحة ، وليس ركن وجود التصرف . ومع هذا فإن v. Tuhr نفسه يرى أن الرهن غير اللامن يصح باعتباره تفويضا بالقض .

الموقوف مستقر في ذات التصرف ، فهو مشوب منذ نشوئه بالعيب الذى يؤدي به في نهاية الأمر إلى عدم الصحة بصفة نهائية . ولذلك فإن وقت نشوء التصرف هو وحده المعيار الفاصل في مسألة الإرادة الافتراضية للطرفين^(١) . وعلى ذلك فللمادة ١٤٠ تسرى على التصرفات الموقوفة حالما ينتهى الإيقاف إلى عدم صحة نهائية^(٢) .

لهذا يتطلب كل من Finger و Fischer^(٣) مراعاة إمكان أن يكون الطرفان يعلمان في حالة الإيقاف سبب عدم الصحة . فإذا كانا قد أبرما التصرف مع عليهما هذا بل ورغم هذا العلم ، دون أن يحتاطا لحالة عدم الصحة ، فإنهما يتحملان المسؤولية عن عدم الصحة هذا ، فذلك يبين أنهما إنما أرادا التصرف غير الصحيح فقط ، وأن تصرفا آخر لحالة البطلان لا يوافق نيتهما ، وبالتسليم بهذا القول يكون التحول ممتعا^(٤) .

ويضيف Finger ص (٥١) إلى ذلك أنه في الكثير من الأحوال يصعب تصور وجود الإرادة غير الحقيقية المتجهة إلى التصرف الثانى . ولكن إذا قام في الحالة الفردية ما يرر بصفة خاصة أن استبقاء الرهن باعتباره حوالة حق كان أفضل لدى المدين من عدم صحة التصرف بصفة كاملة ، فإن التحول يكون جائزا . وتجري في هذا الاتجاه أحكام المحكمة العليا لكولمار OLG. Colmar^(٥) والمحكمة العليا لكيل OLG. Kiel^(٦) ضد وجهة نظر المحكمة العليا للدولة RG . ويؤيد الكتاب هذه الأحكام .

(١) Fischer ص ٢١ ، Schönwetter ص ١٨ ، Künzel ص ١٨ ، Bichmann ص ١٤ .

(٢) Siller ص ١٦٣ يؤيد الحكم رغم أنه يجد أسبابه غير صائبة . فهو يعتقد أن الحكم في الحالة المروضة سليم . ولكن مع تحفظ هو أنه لا يعتبر قاعدة عامة لكل أنواع الإيقاف .

(٣) مشار إليهما أعلاه .

(٤) فن يرم مثلا عقدا مع فاصر ، يعلم عادة أن هذا العقد إنما يكتسب الصحة الكاملة بإجازة مثله القانوني فقط ، ففي حالة للمادة ١٠٨ يكاد يكون التحول غير متيسر لأن كل تصرف آخر سيهون موقوفا كذلك .

(٥) المجلة القانونية للألزاس واللورين : jur. Zeitschr. f. Elsass-Lothringen .

فقد قضت محكمة Colmar بأن رهن رصيد في صندوق التوفير وهو غير صحيح طبقاً للمادة ١٣٨٠ يستلبي باعتباره إنشاء حق حبس على دفتر صندوق التوفير وتكون المادة ١٤٠ متطبقة .

وكان دفتر التوفير Sparkassenbuch قد سلم مصحوباً بإعلان أنه رهن (حيازة) . ولكن دفتر التوفير وهو مجرد سند قانوني للحق وليس حامل له ، لا يمكن أن يكون محلاً لحق رهن (حكم المحكمة العليا للدولة RG.51/86) . وقد اتهمت المحكمة إلى أن المقصود حقيقة كان هو رهن الرصيد الصادر عنه دفتر التوفير . ولكن لما كان الإعلان الواجب طبقاً للمادة ١٣٨٠ وهو إعلان حوالة الحق إلى المدين قد تخلف هنا ، لهذا يكون التصرف موقوفاً . ثم تقول المحكمة أن المقصود بإعطاء الدفتر لمن اكتسبه كان هو وجوب ضمان تأمين حقه ، وأن الغرض الاقتصادي المطلوب يمكن أن يتحقق عن طريق التحول ولو على وجه مشابه على الأقل . ولهذا يجب أن يصح حق الحبس على أساس المادة ١٤٠ ، كالمكان قد اتفق عليه .

أما في القضية التي حكمت فيها محكمة Kiel فكان سند الرهن (الحيازي) — على خلاف الحالة السابقة — قد رهن (حيازة) وكان المقصود في الحقيقة هو رهن الحق في استحقاق الأشياء المرهونة فعلاً . ونظراً لعدم الإعلان طبقاً للمادة ١٣٨٠ فلم ينشأ حق رهن (حيازي) لا على سند الرهن ولا على الأشياء المرهونة . وقد حولت المحكمة الرهن غير الصحيح إلى حق حبس على سند الرهن ، وبعد انقضاء (انقضاء الرهن الصادر عنه السند المرهون) على الأشياء المرهونة التي انقضت الرهن المرهون بالنسبة لها (١) .

لهذا يجب التسليم بقابلية التصرفات الموقوفة للتحويل ، لأن هذا يوافق كذلك مقتضيات التعامل . وفي هذين الحكمين كل التصرف بسبب تخلف الإعلان طبقاً للمادة ١٣٨٠ موقراً ولكن نظراً لأن العيب لم يعد من الممكن رفعه ، فقد انقلب الإيقاف إلى عدم صحة نهائية .

(١) المسكمان منشوران بالنسبة كذلك في Schönwetter ص ١٧ ، Finger

ويأخذ v. Brasch كذلك بوجه النظر القائلة بمحو تحويل التصرفات الموقوفة .
والفصل في نظره هو إمكان أن يكون التصرف الجديد صحيحا أو على الأقل ،
أقل عيوباً (من التصرف الباطل) . إذ يجب الصدور عن أساس المصلحة
في الحالة الفردية ، التي أدت إلى النتيجة القانونية القائمة ، لا عن التنازع القانونية ،
إذ في الحالة الأخيرة لا يكون الفرق بين التصرفات الموقوفة والتصرفات الباطلة
بصفة نهائية ، واضحاً ، لأن النظام القانوني إنما ينظم نفس النتيجة القانونية
لتحقيق مصالح تختلف اختلافاً كاملاً . فمثلاً إذا عقد قاصر ، عقداً بدون إذن مثله
القانوني ، وهو موقوف طبقاً للبادة ١٠٨ ، فلا يوجد سبب قوى يمكن سياقه
ليبر لماذا يكون التحويل غير ممكن إلى عقد آخر مشابه من حيث مضمونه أو من
حيث نوعه ، ويكون صحيحاً طبقاً للبادة ١١^(١) ، إذا ما توافرت كافة الشروط
الموضوعية والذاتية المطلوبة لذلك .

كذلك يتحول عقد التوريث الصادر عن القاصر فيما يتعلق بما قرره (هذا العقد)
من أعمال تصرف Verfügungen مضافة إلى الموت باعتبارها وصية قاصر رغم أن
هذه (الوصية) تكون موقوفة ، إلى تصرف إرادة أخيرة letztwillige Verfügung
(أى وصية) . وقد أقرت المحكمة العليا للدولة RG. 118/222 استبقاء عقد
مزارعة pachtvertrag ، كان يحتاج فيما يتعلق بجزء من مدة المزارعة إلى إجازة
محكمة الوصاية ، ولهذا كان باعتباره في مجموعه وحدة مقصودة ، موقوفاً .

وكذلك إذا كان التصرف غير صحيح نهائياً بسبب أن أحد الطرفين كانت
تقصه سلطة التصرف Verfügungsmacht فإنه يتعين رعاية مصلحة كل من
المتعاقدين وهي يمكن تحقيقها . فإذا أمكن ذلك أمكنه أيضاً أن يستوفى شروط
التحول ولا يقوم ما يعوق التحول إلى تصرف آخر^(٢) .

(١ - ترجمة) م ١١٠ ، يعتبر العقد الذي أبرمه القاصر دون موافقة نائبه القانوني كالمو
كان من بادي الأمر صحيحاً إذا كان القاصر قد أوفى بالتزامه التعاقدى بموارد وضمت تحت
تصرفه هذا الترض أو ليتصرف فيها بمطلق حريته سواء من جانب نائبه القانوني أو من جانب
شخص آخر بموافقة النائب القانوني .
(٢) v. Brasch فصل ٧٧ .

٢ - أثناء الوقف :

من المقرر عموماً أن التحول لا يكون ممكناً ، في أثناء قيام التعليق وإلى أن يتحقق عدم الصحة بصفة نهائية . إذ يقوم هنا خطر كبير في أن يتحول تصرف ، كان من الممكن أن يظل هو نفسه صحيحاً . فعلى الطرفين انتظار ما إذا كان التصرف نفسه يصبح كامل الصحة بدلاً من أن يكتفياً بتصرف آخر من الممكن أن تكون آثاره أضعف ، فيكون التحول حينئذ لا هو في مقصود المتعاقدين ولا في مصلحتهما ولا يتسق مع الاستقرار القانوني^(١) .

وقد رفضت المحكمة العليا للدولة^(٢) RG تحول التصرف في أثناء قيام الوقف : فقد قام غير صاحب حق برهن سند دين عقارى . وقد استبقت محكمة سله العليا OLG. Celle هذا الرهن الباطل باعتباره حق حبس فاشئ عن العقد الوارد على سند الدين العقارى .

ويلاحظ Schönwetter (ص ١٨) أن التصرف الثانى في مثل هذه الحالة سوف يعانى نفس العيب . ولكن إذا أقر صاحب الحق التصرف غير الصحيح ، ففسرى المادة ١٤ في هذه الحالة أيضاً .

ويمعرض Brasch^(٣) على وجهة النظر هذه ، ويرى أن التصرف يجب أن يكون في فترة التعليق كذلك ، وإقرار الشخص الثالث لا زال متوقفاً ، نقابلاً للتحول . إذ ليست العبرة بالاعتبار الفنى begrifflich من إمكان أن يصبح التصرف بسبب الإقرار اللاحق صحيحاً في الصورة المقصودة دون حاجة إلى تحول وأنه بذلك لا تقوم حالة ، بطلان ، بالمعنى المقصود في المادة ١٤ . إذ أن أساس المصلحة يختلف تماماً تبعاً لما إذا كان المتعاقد الذى لا حق له في التصرف يعلم أنه ليس له سلطة التصرف أو إذا ما كان على الإخلاق يعلم لحساب من يتعامل . وأما الاعتراض بأن التحول في هذه الحالة لا يتفق مع الاستقرار القانونى ،

(١) Schönwetter من ١٠ ، Finger من ٤٧ ، Fischer من ٢١ ، من ٧٠ ، Bichmann من ١٣ ، Wiechell من ٢٠ ، Warneyer من ٢٥٤ ، Lehmann من ٨٤٧ ، Enneccerus من ١٠٠ .

(٢) JW. 1929/1969 = RG. 124/28

(٣) فصل ٢٢ .

فغير سليم . لأن التحول إنما يكون ممكنا فقط ، إذا كان الطرفان نفسيهما يعتقدان أنهما يبرمان تصرفا كامل الصحة . أما عدم الاستقرار القانوني فلا يمكن أن ينشأ إلا إذا كانت الثقة في شيء قائم فعلا قد تعرضت بسبب أن محل هذه الثقة قد أزيل أو تغير بأثر رجعي عن طريق التحول . ومن عناصر الثقة ، العلم بالواقعة الأصلية وأثرها القانوني فإذا لم يطمح هذا العلم فلا يمكن كذلك أن يتعرض الاستقرار القانوني للخطر . وإن القلقلة الناشئة بسبب عدم التأكد مما إذا كان التصرف سوف يصح في صورته الأصلية أو في الصورة التي تتحدد عن طريق التحول ، ليست أشد أثرا من تلك الواردة على صحة التصرف إطلاقا (أى أثناء الوقف وحتى انجلاءه) . وعلى ذلك فليس ثمة ما يعترض به ضد تحول التصرفات الموقوفة حتى في فترة الوقف ، إذا ما أجاز ذلك عامل المصلحة *die Interessenlage* في الحالة الفردية (١) .

ثالثا : التصرف القابل للإبطال

التصرف القابل للإبطال ، يكون قبل إبطاله مكتمل الصحة ولكنه يفقد بإعلان الإبطال صحته هذه بأثر رجعي *ex tunc* ونبحث قابليته للتحول بعد أن يتحقق الإبطال ثم قبل استعمال حق الإبطال .

١ — بعد الإبطال :

إذا أبطل التصرف القابل للإبطال ، أصبح فاقد الأثر من بادئ الأمر وشابه التصرف الباطل وتعين أن يعامل مثله تماما . ولهذا يميز الفقه عامة سريان التحول على مثل هذه التصرفات (٢) .

(١) في هذا المعنى *Bermann-Westermann* المادة ١٤٠ ملحوظة ٣ .

(٢) *Fischer* ص ١٦ ، *Künzler* ص ٢٨ ، *Finger* ص ٦٠ ، *Bichmann* ص ١٣ ، *Hölder* م ١٤٢ ، *Enneccerus* ص ٨٧٤ ، *Planck* م ١٤٠ ، *Cosack* ص ١٥٩ ، *Kipp* ج ١ ص ٨٦٩ ، *Ratenbeck* ص ١٢ ، *Crome* ص ٣٥٨ ، *Müller-Meickel* ج ١ فصل ٥١ ، *Biermann* ج ١ ص ١١٨ ، *Riezler* ص ٥٤٦ ، *Neumann* م ٤٥ ، *Weil* ص ٦٥ ، *Schönwetter* ص ١٨ ، *v. Brasch* ص ١١١ ، *Michaelis* ص ٥٦٧ ، *Warneyer* ص ٢٥٤ ، *Leonhard* ص ٤٥٢ الذي يرى التطبيق على سبيل التماس .

ويقرر كثير من الكتاب في هذا الصدد تحفظا ، من باب الحذر ، مقتضاه أنه في هذه الحالة كثيرا ما يتعثر التحول بسبب عدم موافقته الإرادة الفرضية للتعاقدين أو لأحدهما . فيتمين عند استكشاف الإرادة الفرضية اتخاذ حيلة خاصة بصدد عامل مصلحة الطرفين الذي قد يؤدي إلى رفض التحول (١) .

ومع ذلك ثمة عدة اعتراضات ترتفع ضد إجراء التحول في هذه (٢) الحالة .

١ - يبين من أبطال التصرف بإعلانه الإبطال ، أنه لا يرضى عن غرض التصرف الذي أبطل أو عن آثاره . ويترب على ذلك حتما أنه لا يريد التصرف الثاني . ويضرب Rurenbeck (ص ٦٢) المثل التالي : كان المورث قد أبرم مدفوعا بإكراه غير شرعي ، عقد توريث ثم أبطله . حتى لو وافق عقد التوريث عناصر الوصية فلا عمل للتحول رغم ذلك . إذ أنه لا يمكن بسبب إعلان الإبطال ، اقراض أن صحة الوصية كانت تراء .

ويرد على ذلك بأن الأمر في التحول يتوقف على وقت إنشاء التصرف فقط (راجع حكم المحكمة العليا للدولة RG. في 1531/1927 JW) ويتمين عند الكشف عن الإرادة الفرضية ، غرض النظر عن كل الوقائع أو تعبيرات الإرادة W. Äusserungen التي تقع في وقت لاحق على ذلك . أما الإرادة المعادية للتصرف المعتقد والتي تجب في الإبطال تعبرا عنها ، فلا يمكن أن يكون لها قيمة إلا باعتبارها علامة Indiz على اتجاه إرادة سابق ، ولكن ليس باعتبارها عنصرا حاسما في ذلك (٣) .

٢ - ويعترض Finger (ص ٦١) على تطبيق التحول على الإبطال بسبب التدليس أو الإكراه والتهديد ، بأن يبطل التصرف ما كان ليبرم أى تصرف على الإطلاق لو لم يدفعه إلى ذلك التدليس الفع ، إذ لا يرغب أحد

(١) Schönwetter ص ٢٠ .

(٢) Lehmann ص ١٥٠ ، Staudinger مادة ١٤٠ ،

(٣) Schönwetter ص ١٦ ، Bichmann ص ٢٤ Michaelis ص ٦٧ ،

أن عدم الصحة ناشئ عن إرادة حرة لأحد الطرفين ، فإن التحول لا يكون ممتنا إذا كان الطرفان في وقت إبرام العقد ، وعلمه يتوقف كل شيء ، كأنما يريدان تصرفا آخر ، في حالة ما لو كانا قد علما بإمكان وقوع عدم صحة التصرف الذي كان تحت نظرهما .

في التعاقد مع مدلس أو مكره ، فضلا على أن إرادته تعترض التحول على أي حال .
ونلاحظ على هذا أن الاعم بأنه لا يوجد من يريد أن يتعاقد مع مدلس ...
الخ ، لا يمكن أن يصدق إذا كان التدليس ... الخ صادرا عن شخص ثالث ليس
طرفا في العقد . ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال ولا يقف هذا
النظر دون إجراء التحول .

وينقد Schönwetter (٢٠) وجهة نظر Finger السابقة ، ويقول أن هناك
حالات يكون فيها من أبطل التصرف قد أراد أن يعقد مع الطرف الآخر عقدا
معينا ، ولكنه دفع بسبب التهديد إلى اختيار التصرف الذي أبطل بالذات ،
ورغم أنه كانت هناك عدة تصرفات مشابهة في النوع تحت النظر أثناء المفاوضات ،
فلا يقوم إذن أي اعتراض على أن يتحول التصرف الذي أبطل إلى التصرف
الذي كان في الواقع قد أريد . فمثلا إذا كان (أ) قد أراد أن يشتري من ب دارا
معمية أو أن يبرم عقد استغلال^(١) Pachtvertrag لمدة طويلة متعلقا بها ،
ولكنه دفع بسبب التدليس إلى إبرام عقد البيع ، فيجب أن يكون تحول
التصرف الذي أبطل ممكنا . ومن البدهي ، والأمر يتناول عادة عقودا ، أنه
يجب لحص تراضي إرادتي الطرفين . أما إذا تخلف هذا العنصر فقد تعثر
التحول إذن .

ويرد Finger على ذلك بأن الاعتراض بأن المدلس عليه قد أراد التصرف
الآخر حقيقة ، لا يقوم على أساس ، إذ العبرة بما لو أنه كان يريد لو كان قد
علم بالتدليس . الخ .

ونرى أن اعتراض Finger هذا لا يستند إلى طبيعة التصرف القابل للإبطال
ذاته وإنما يستند إلى توافر عنصر الإرادة المطلوب لإجراء التحول ، وهذا يتضح
من عبارات Finger نفسها ومن الحجج الدائرة في النقاش ، فهي تدور
جميعها حول توافر هذه الإرادة لا حول صلاحية التصرف القابل للإبطال ذاته

(١ - ترجمة) عقد الاستغلال Pachtvertrag لا يقتصر على الاستغلال الزراعي فقط
بل يمتد في الفقه والقانون الألماني إلى سائر أنواع الاستغلال من زراعي وتجاري وصناعي ،
ولهذا لا يمكن أن نترجم هذا الاصطلاح بعقد المزارعة . والمثل الوارد في المتن يوضح ذلك . وإن
كننا قد ترجمناه فيما سبق بالمزارعة إذ كانت الحالة خاصة بمزارعة حقيقية .

التحول . لهذا نرى أن هذا الاعتراض وإن أمكن إثارته عند بحث عنصر الإرادة فلا يجوز أن يقوم عند النظر في صلاحية التصرف القابل للإبطال في ذاته ومن الناحية الفنية فقط التحول .

٣ - ثم يقول Finger أنه يستخلص من المادة ١١٩ (١) أن الإبطال ينتج إلى إعلان الإرادة فيعدهم إذا كان الطعن بالإبطال قائما على أساس . إذ يترتب على ذلك حتما أن التصرف الذي كان حتى ذلك الوقت صحيحا يصبح منعكما . فالإبطال المنتج يهدم عنصرا جوهريا من عناصر التصرف القانوني ، وبهذا ينهار أساس إجراء التحول وهو وجود تصرف باطل ، إذ لا يوجد بعد ذلك أي تصرف قائم (٢) .

ولكن هذا غير صحيح في الواقع ، وذلك أن البطلان نفسه يهدم كذلك إعلان الإرادة ، ولهذا بالذات يقع التحول لينفذ التصرف من هذا الفناء الكامل ، فهذا الاعتراض يفنده الغرض التشريعي للمادة ١٤٠ . فالمادة ١٤٠ إنما تقدم اللون للطرفين اللذين يستهدفان تحقيق غرض عملي محدد ، ولم يحدد الطريق القانوني السليم لذلك . فالأمر لا يتوقف إذن على بحث ما إذا كان إعلان الإرادة المغيب سوف ينهار بسبب الإبطال أم لا ، إذ أن التصرف الآخر مستقر فعلا في باطن التصرف القابل للإبطال ، والذي ينظر إليه القانون من حيث الظاهر باعتباره صحيحا ، والذي لا يزال إعلان الإرادة ، من الناحية النظرية ، قائما فيه ؛ فالتصرف الآخر الصحيح هو في الواقع منطوق في التصرف القابل للإبطال ، ولكن طالما أن الإبطال لم يقرر بعد على وجه إجمالي ، فإنه يكون عديم الأثر قانونا . أما إعلان الإرادة المغيب فلن ينهار إطلاقا قبل أن ينشأ التصرف الآخر .

وقد أقر Manigk (ص ٢٩٤) نفسه هذا حيث يقول أن التصرف القابل للإبطال يتضمن إعلان إرادة صحيح طبقا للقانون . ومن ناحية أخرى فإن التصرف القابل للإبطال ليس كامل الصحة ولكنه مغيب ، فيمكنه إذن أن يتضمن جوهر تصرف ثان صحيح . وإن إعمال هذا التصرف الصحيح المتضمن من بادية الأمر في التصرف المغيب ، يتم في نفس وقت إعمال عدم صحة التصرف الأصلي (٣) .

(١) - ترجمة) هي المادة الخاصة بالإبطال بسبب الخلط وتلبيها المواد الخاصة بالإبطال بسبب التدليس والإكراه . ثم المسؤولية عن الإبطال في حدود المصلحة السلبية

(٢) Finger السابق ، قارن Siller ، ١٥٩ ، Manigk ، ص ٢٩٨ .

(٣) v. Brash ، ص ١١٤ .

٤ - ولكن Finger (ص ٦١) يمترض بعد ذلك بأن الأثر الرجعي للبطلان ex tunc في التصرفات القابلة للإبطال والتي أبطلت (١) ليس إلا تصورا ، وهو في ذاته ليس بالنصر الحاسم . فالتصرفات المعلقة على شرط واقف ، هي بعد تخلف الشرط والباطلة أصلا سواء ، ورغم ذلك فإن المادة ١٤ لا يمكن أن تنطبق عليها .

ولكن ما فات Finger هو أن بين هذين النوعين من التصرفات فارقا كبيرا . فالتصرف المعلق على شرط واقف إنما أريد في حالة تحقق الشرط فقط . فقطتضي إرادتي الطرفين المتوافقين أن آثار التصرف تكون مقصودة في حالة تحقق الشرط فقط ، وإذا تخلف الشرط فإن تلك الآثار لا تكون قد أريدت على الإطلاق . وبذلك يقوم بينهما فارق على الأقل هو أن التصرف الباطل قد أراده الطرفان حقيقة ولكنه غير صحيح قانونا ، بينما التصرف المعلق على شرط واقف يكون ، عند تخلف الشرط ، لم يرد أصلا .

وقد رفضت المحكمة العليا للدولة (RG. 79/306) التحول في هذه الحالة بمقولة أن التحول لا يتفق مع نص المادة ١١٩ وما بعدما من مواد .

ولكن هذا الحكم يناقضه حكم آخر لنفس المحكمة (RG. 62/186) تمسك بتطبيق المادة ١٣٩ بعد مراعاة صريح نص المادة ١٤٢ ، على التصرفات التي أبطلت جزئيا رغم أن المادة ١٣٩ تكلم كالمادة ١٤ عن البطلان فقط (٢) .

وقد نقد Finger نفسه الحكم الأول (٣) بشدة بصدد التصرفات الموقوفة إلا أنه يقره بصدد الإبطال . فيقول (ص ٦١) أن هذه الحالة تختلف اختلافا كبيرا عن المادة ١٣٩ ، ففي المادة ١٣٩ يظل قائما ذلك الجزء من التصرف فقط الذي لم يمس الإبطال ، وعلى خلاف ذلك في المادة ١٤ حيث يجب أن يستبقى هذا التصرف ذاته الباطل بسبب إعلان الإبطال باعتباره تصرفا آخر وحتى من نفس النوع على قدر الإمكان ، وهذا يبدو مستحيلا .

أما فيم يقوم القول بهذه الإستحالة وكيف يتبرر ، فلا يبين Finger ذلك بجلا .

(١) - ترجمة م ١٤٢ : إذا أبطل تصرف قابل للإبطال ، فيجب النظر إليه باعتباره باطلا من أول الأمر .

(٢) - فارت كنفك Kuntzel ص ٢٨ .

(٣) RG. 79/306

فسواء كان التصرف قد أبطل في مجموعه أو في جزئه فقط ، فلا يقوم ذلك فارقا على الإطلاق ؛ وإذا توافرت كافة شروط المادة ١٤٠ ، فلا يوجد ثمة اعتراض جدى ضد التحول . ولكن يجب التسليم بأنه قد تقوم صعوبات عديدة عند استكشاف الإرادة الفرضية ، وقد يكون من الممكن أن يتعثر التحول بسبب تلك الصعوبات عند تحديد الإرادة الفرضية . ولكن يجب من ناحية أخرى ، تقرير أن كشف هذه الإرادة لا يتوقف على الإرادة الحسالية للبطل أو حتى للطرفين معا كذلك . وفي كثير من الأحوال يكون صاحب الحق في الإبطال شخص لم يشارك في التصرف ، ففي هذه الحالة لا تعترض هذه الصعوبات طريق التحول إطلاقا . وعلى أى حال فلو تعثر التصرف الذى أبطل ، عند التحقق من الإرادة في الحالة الفردية ، فلا شأن لذلك بجمهر الإبطال ، ولا يمكن بسبب ذلك وحده الزعم كقاعدة عامة بأن التصرف الذى أبطل غير قابل للتحول . فذلك قد يقع أيضا للتصرفات الباطلة والتصرفات الأخرى كذلك ، ولا يقف عقبة في طريق التحول .

فن الواجب دائما في كل حالة فردية ، التثبت مما إذا كانت عناصر التحول الأخرى متوافرة أم لا ، فإذا توافرت هذه فلا يقوم أى اعتراض على تحول التصرفات القابلة للإبطال والتي أبطلت . حقيقة أنه يجب في هذا الشأن مراعاة المادة ٢٤٢ التى تحمى الثقة والإعتقاد (1) Treu und Glauben والمادة ١١٩ وما بعدها من مواد التى نظمت حماية المصالح المقابلة لحق الإبطال . فهذه المصالح سوف تصبح في حالة الإبطال المنتج غير محمية إطلاقا ، لأن التصرف سوف ينظر إليه طبقا للمادة ١٤٢ باعتباره باطلا من بادى الأمر . لذلك لن يفترق عامل المصلحة إذن ، في هذه الحدود إطلاقا ، عن أساس المصلحة في كل تصرف باطل آخر . ولهذا يمكن أيضا من وجهة النظر هذه أن يتحول تصرف أصبح بسبب الإبطال باطلا دون مساس بالمصالح الجديدة بالحماية (كذلك v. Brasch ص ١١١) .

ويلاحظ Pringsheim (2) أنه إذا ما رفض الأخذ بتحول التصرف القابل للإبطال والذي أبطل ، فإنه عند إبطال عمل تصرف (Verfügung) بسبب

(١ - ترجمة) م ٢٤٢ : يلزم المدين بأن يقوم بالالتزام كما تقضى بذلك الثقة والاعتقاد مع مراعاة عادات التعامل ،
(٢) W. 1925/360 .

الموت (١) ، فلن يمكن أن يلحقه إعلان من المورث إطلاقاً . وإن التحول معترف به في هذه الحالة عامة من جميع الفقهاء بما فهم خصومه . فالتحول يزيل النتائج غير العادلة الناشئة عن استعمال حق الإبطال على وجه مخالف للثقة والإعتقاد .

وهنا يجب علينا أن نشير إلى المثل الشهير الخاص بنبذ البورتو Portwein (جرادنفكس Gradenwitz ص ٣) : وصف الطبيب للمريض نبذ البورتو فتعاقد هذا غلطاً على شيرى Sherry ثم أبطله طبقاً للمادة ١١٦ ف ١ من مجموعة القانون المدني . ولكنه رفض عرض تاجر النبيذ أن يورد له بورتو لأن مخزن خمره أصبح موضوعاً تحت تصرفه . فاستند تاجر الخمر لثبوت ذلك ، إلى وقوع تحول إلى عقد عمله البورتو . ويمكنه أن يثبت أن إرادة الطرفين كانت تنجه عند العلم بالإبطال إلى إبرام مثل هذا العقد . فإرادة المريض الحقيقية المعلقة ، تنضج من الإبطال ، أما إرادته هو الفرضية ، فيثبت أن الأمر بالنسبة له باعتباره تاجراً ، سواء في أن يورد بورتو أو شيرى . وإن العناصر الخارجية الضرورية لتحقيق هذه الإرادة في صورة عقد بيع ، وهي إعلانات الطرفين المتبادلة والمتوافقة ، متوافرة ، وآثار التحول في هذه الحال ليست على الإطلاق غير مرضية ، فإمكان التحرر الكامل من العقد هو هنا بالنسبة لموقع في الغلط غير منتظر إطلاقاً ولا مستحق .

ولكن من الممكن هنا أيضاً ، أن يكون المريض قد أبطل التصرف لأنه كان يريد بورتو ويطلب تاجر النبيذ التعويض عن المصلحة السلبية فقط لأن مخزونه من البورتو كان في أثناء ذلك قد نفذ ، ويتمسك المريض على عكس ذلك بالتحول إلى عقد عمله بورتو يثبت فيه أن تاجر الخمر في وقت إبرام العقد كان يبيع له بكل سرور بورتو أو شيرى على السواء .

والتحول هنا يعني إنفاذ الفرض المقصود من التصرف وغير المعلن : وهو بالنسبة للمريض الحصول على نبيذ قوى وبالنسبة للتاجر ترويج البضاعة . والبائع المعلن والوارد على شيرى هو من الناحية الاقتصادية شيء آخر تماماً غير بيع البورتو . وإعلان الفرض المراد اقتصادياً ، من حيث المضمون ، يتقيد كما يؤكد

(١) عمل التصرف بسبب الموت هو الصادر بالنظر إلى الموت أي هو عمل الإرادة الأخيرة ومثله الوصية وعقد التوريث .

دائما ، بمصلحة الطرف الآخر في مثل هذا الإعلان . وهذه المصلحة يجب أن تقوم في وقت إبرام العقد في جانب الطرف الذي سيعمل التحول فيما بعد في مواجهته ، ومن الممكن في التصرفات التي تجري مع طرف آخر أو في مواجهته أن تنفي في حالة واحدة فقط وذلك إذا كان الطرف محل الأمر قد اعتمد أو كان من الواجب أن يعتمد ، — دون إعلان عند إبرام التصرف الباطل ، على الغرض الخاص الذي يقرر أعماله عن طريق التحول . ولهذا يكون التحول الذي يتمسك به المريض واجب الرفض ، لأن تاجر الخمر لم يكن في حاجة إلى أن يدخل في حسابه عند طلب الشيرى أنه قد يتحمل المطالبة بتوريد بورتو . وعلى عكس ذلك فإن التحول المطلوب لإعماله ضد المريض يمكن تبريره ، بإرادة البورتو ليست في الحقيقة معلنة ، ولكن مصلحته في إخطار خاص بالإرادة يجب إنكارها عليه ، إذ أنه من ناحيته ، قد أصدر هو نفسه الإعلان الذي أبطال ، فلا يتقيد إذن بالملم بالمظاهر الخارجية التي يمكن لمسها ، ومن ناحية أخرى فهو الذي استهدف بالذات تحقيق الغرض الذي يقرر أعماله عن طريق التحول ، فالتحول يوافق إرادته هو الخاصة . لهذا يجب ، في هذه الحالة ، صرف النظر عن إعلان المضمون . ولا يمكن الاعتراض كما فعل Finger (١) بأنه لما كان المبطل ، لا يريد التصرف الأصلي فلا يستطيع الطرف الآخر ، الذي لم يعلم بالغلط أن يلزمه بالارتباط حتى ولا على أساس المادة ١٤٠ . إذ لا يمكن في إعمال المادة ١٤٠ إجراء تفرقة على أساس من يتمسك بالتحول . فإذا استحال التحول إذا كان من يجري ضده الإبطال لا يريد التصرف الجديد ، فلا يمكن كذلك أن يكون جائزا ، إذا كان المبطل لا يريد بعد ذلك . ولكن المبطل الذي ساق البطلان بإبطاله ، يجب بالطبع أن يتحمل النتائج طبقا للمادة ١٢٢ . وإن التحول يناقض هذا الحق في الإبطال ، ولهذا تكون المادة ١٤٠ غير ممكنة التطبيق .

أما هذا الفارق الذي ينكره Finger هنا فيقوم في أن التصرف الوارد على البورتو ، رغم أنه يوافق الإرادة الحقيقية للطرفين ، فإنه لا يكتسب الصحة على أساس هذه الإرادة . فالإبطال بعدم التصرف الوارد على شيرى حتى أنه لا يقوم بعد ذلك أي شيء (أي تصرف) إطلاقا . فإذا تحقق التصرف الآخر على أساس

(١) Finger ص ٦٢ — ٦٤ ، وفرون كذلك Künzle ص ٣٣ وما بعدها .

(م — ٩ تحول التصرف القانوني)

الإرادة الحقيقية فإن هذا ليس على الإطلاق تحولا ، وإنما هو إعادة إنشاء العقد المطلوب ، فيقوم هنا بقصد جديد تماما ، لا علاقة له بذلك الذي أبطل . أما التصرف الآخر في المثل المعروض عليه ، فإنه ينشأ لا على أساس الإرادة الحقيقية وإنما على أساس التصرف الذي أبطل . وأما إرادة الفرض Brfolgswille الباطلة في هذا التصرف فسوف تسبيل في التصرف الجديد عن طريق المادة ١٤٠ . فإرادة الطرفين يسع البورنو عند العلم بتعيب البيع الوارد على شيرى والذي أبطل سوف تتكشف عن طريق دعوى الإبطال والظروف المختلفة المقارنة للعقد الأول ، فالإرادة ستوجد في العقد الجديد عن طريق التحول لأنها توافق لا الإرادة المعلنة في العقد الأصل ، وإنما إرادة الطرفين لو كانا قد علما بالغلط (١) .

وفي الختام يمكننا القول بأن التصرف القابل للإبطال والذي أبطل هو تصرف قابل للتحويل . فالطبيعة القانونية لقابلية الإبطال لا تقف عقبه في طريق التحول . ولكن يجب مراعاة أن هذا الإبطال قد يتعارض في بعض حالات فردية مع شرط من شروط التحول وهو الإرادة . فقد يكون من الممكن ألا يتوافر هذا

(١) من لاهم هنا لمراد ملاحظة Wiechell ص ٩٣ في هذا الصدد : في حالة الإبطال بسبب الغلط تتوجه الإرادة الباطلة لمن وقع في الغلط إلى شيء واقعي محدد ، تصوره وقصد إليه ولكنه لم يملئه باعتباره قد أودعه . ولا يمكن على هذا الأساس إقامة البعثة عن الإرادة الفرضية لتصرف الآخر (كذلك أيضا Henle, Lebrb. § 33 III, 9) ولكن لا يجوز أن يستنتج من ذلك (كما فعل Henle) أن المادة ١٤٠ لا تشمل في مجالها عدم الصحة الناشئة عن عيوب الإرادة . فإذا كان التحول تمكن فيه إرادة فرضية ، فإن وجود إرادة موجودة حقيقة بإصدده ، يعد بالمثل حججا قوية . فصاحب الحق في الإبطال يسلم بإعلانه الإبطال ، أن إرادته الباطلة كانت عند إبرام العقد تنبج إلى التصرف الآخر . أما الطرف الآخر فيمكنه في الكثير جدا من الأحوال أن يبين أن الأمر بالنية له كان على الأقل سواء ، أن يبرم معه بدلا من التصرف القابل للإبطال ذلك التصرف الذي أودعه صاحب الحق في الإبطال حقيقة إرادة باطنية . ويمكن أن يرتب على ذلك دون غلط قانوني (كذلك بالنسبة لإرادته الحالية أيضا) أنه كان يريد التصرف الآخر ، ولكن دون شك ليس على أساس إرادته الفرضية اللازمة كأساس لإجازة التحول . فالضابط في التحول هو الفرضي (النتيجة) العمل المقاربه أو المماثل . فهذا (الفرض) يجب ألا يكون فارقا كبيرا بين التصرفين . لهذا فإن التحول يكون جائزا في المثل الذي ضربه Kuntzel (ص ٣٣) : مريض يريد طلب ١٥ زجاجة بورنو فيطلب ناسيا ٥٠ زجاجة ، ثم يطل النقد ، فإذا تمسك تاجر الخمر بالتحول إلى عقد بيع وارد على ١٥ زجاجة ، يكون ذلك جائزا .

الشرط في تلك الحالات الفردية للإبطال ، فلا يقع إذن أى تحول . ولكن التحول لا يتم هنا ، لا بسبب الإبطال ولكن بسبب تخلف عنصر من عناصره الهامة ، وهو الإرادة . وهذا يمكن أن يحدث لا في حالة الإبطال فقط ، بل في كل حالة أخرى من حالات التحول ، حتى في التصرفات الباطلة نفسها .

٢ - قبل الإبطال :

في هذه الحالة يكون التصرف طبقا للبادة ١٤٢ صحيحا ولكن مشوبا بالعيب ، بالتصرف هنا يجب اعتباره صحيحا ، لهذا يجب الإقرار بأن التحول في مثل هذه الأحوال يكون ممتمنا ، لأن التحول إنما يرد على التصرفات الباطلة فقط لا على التصرفات الصحيحة أبدا (١) .

ويذهب Voess (ص ٤٢) إلى صلاحية التصرفات القابلة للإبطال - حتى قبل إبطالها - للتحول ، ويدعم أن تحول التصرفات القابلة للإبطال يكون ذا أهمية ، في الحالة التي تقضى فيها المدة المقررة للإبطال (دون استعمال لحق الإبطال) . ولكن يرد على ذلك بحق (٢) أنه إذا انقضت هذه المدة دون ممارسة حق الإبطال فيصبح التصرف كامل الصحة وبذلك ينطلق كل إمكانيات التحول كلية .

ويدافع Bichmann (٣) عن قابلية التصرف القابل للإبطال ، قبل إبطاله ، للتحول ، إذ يكون هنا موقف قلقلة كبير يصعب احتماله ، ولتجنب هذه القلقلة التي لا تحتل بموجب إجازة إمكان التحول . وعلى أى حال فإنه يقيم في الحال تحفظا مقتضاه أن عنصرا داخليا هو الإرادة ، ذو أهمية كبيرة جدا في حالة الإبطال .

ولكن لما كان الأمر يتناول هنا تصرفا لا زال صحيحا ، فإن التحول يكاد يكون في غير مصلحة أى من الطرفين . وإن جامل مصلحة الطرفين هذا (٤) يستحق

(١) Weil من ٦٥ Schönwetter من ١٨ ، Finger من ٦٠ ، Siller من ١٥٤ ، Enneccerus بند ٢٠٢ خامسا والملاحظة ٦٢ من ٨٧٤ ، Wiechell من ١٨ .

(٢) Fischer من ٦٧ ، Bräsch من ١١٣ .

(٣) من ١٢٠٤ .

(٤) كما يلاحظ Schönwetter (ص ١٩) بحق .

اهتماماً أشد من استقرار المعاملات المزعوم . إذ تكاد مصالح الشخص الثالث لا تتأثر من الشك القائم مؤقتاً حول وقوع بطلان التصرف القابل للإبطال . وقد رفضت المحكمة العليا للدولة (RG. 79/306) تحول مثل هذا التصرف ، وقد تبعها في ذلك الفقه أجمعه .

وحق v. Brusch (١) الذى يدافع عن المصلحة وحدها باعتبارها فيصل التحول ويتخذها نقطة البدء في بحثه فيدلي بأن التحول هنا يتعارض مع قيمة الحكم الذى تتضمنه المادة ١١٩ من أن التصرف يصح في صورته الأصلية طالما أنه لم يطل بعد ، وهو لهذا يرفض التحول في هذه الحالة رغم أنه يعتقد أن التحول يكون هنا في حد ذاته جائزاً .

ونحن نرى أنه طالما أن حق الإبطال ، لم يعمل بعد ، فإن التصرف يظل صحيحاً طبقاً للمادة ١٤٢ ولهذا يكون التحول منغلقة .

مجموعة القانون المدنى الإيطالى والمجرى :

تتكلم المادة ١٤٠١ من مجموعة القانون المدنى المجرى والمادة ١٤٢٤ من مجموعة القانون المدنى الإيطالى مثل المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدنى الألمانى عن تحول التصرفات الباطلة فقط . ولهذا فإن الموقف فيها هو نفسه كما فى القانون المدنى الألمانى . ويرفض الكتاب الإيطاليون التحول فى التصرفات القابلة للإبطال . والى لم يتم إبطالها بعد . ويسرى هذا كذلك إذا انقضت المدة المقررة للإبطال دون إعمال حق الإبطال . ومن الناحية الأخرى فن المقرر سريان التحول على التصرفات القابلة للإبطال والى أبطلت فعلاً (٢) .

وبسود نفس الموقف فى الفقه والقضاء المجرين .

مجموعة القانون المصرى :

تتكلم المادة ١٤٤ من مجموعة القانون المدنى المصرى ، على عكس جميع النظم القانونية التى قننت التحول ، عن تحول التصرفات الباطلة والقابلة للإبطال .

(١) ص ١١٢ .

(٢) Mosco ص ٣٦٧ و Betti ص ٥٠٦ .

وعلى ذلك فهنا يكون التصرف القابل للإبطال والذي أبطل فعلا قابلا دون شك للتحويل . وكذلك يجب أن يكون التصرف القابل للإبطال ولكن لم يبطل بعد ، قابلا أيضا للتحويل . ولكن يجب أن تراعى في ذلك عناصر التحويل الأخرى وخاصة الإرادة (١) .

فضلا عن أنه لو اعتبرنا التصرف القابل للإبطال في القانون المصري تصرفا صحيحا قابلا للإبطال كما هو الأمر في الفقه الألماني والإيطالي ، وليس تصرفا باطلا قابلا لاكتساب الصحة عن طريق الإجازة كما هو الأمر في الفقه السويسري ، فإن التصرف يكون قبل الإبطال صحيحا ويكون التحويل يقتضى صريح النص منمتما ، إذ أن التصرف الصحيح لا يكون قابلا للتحويل . وبهذا يتقيد نص المادة ١٤٤ بالنصوص الأخرى ويكون المقصود من وصف «قابل للإبطال» الوارد في هذه المادة ، هو ذلك التصرف بعد أن يتحقق لإبطاله . أما الأخذ بالنظرية العكسية فيؤدى إلى أن يكون التصرف بادىء الأمر باطلا ولكن قابلا للإجازة ، وبهذا يكون قابلا للتحويل من بادىء الأمر ، ولا يؤثر احتمال الإجازة على صلاحية التحويل ، إلا أنه إذا كانت الإجازة واقعة بلا ريب ، فيكون الموقف هنا هو نفس الموقف في التصرفات الموقوفة كما بينا ويتعين بسبب عنصر الإرادة استبعاد التحويل .

أما رأينا في هذا الشأن ، فهو أن القانون المصرى يأخذ باعتبار التصرف القابل للإبطال صحيحا إلى أن يتم إبطاله ، وأن الإجازة ليست تصحيحا لعقد باطل وإنما هى تنازل عن حق التمسك بالإبطال . ويؤيدنا في ذلك لغة المشرع نفسه ، إذ عدل عن التعبير القديم وهو البطلان النسبي ، الذى كان يفيد اعتبار التصرف باطلا إلى أن تصححه الإجازة ، إلى تعبير القابل للإبطال وهو يفيد أن التصرف صحيح قائم ولكنه قد يبطل إذا استعمل حق الإبطال ، فهو صحيح قابل للإبطال ، وهذه ليست حجتنا الوحيدة طلبها ، وإنما ليس هذا مقام جدل في هذا الصدد .

رابعاً : التصرف غير الصحيح نسبياً

إن نسبية عدم الصحة سواء من ناحية الشخص أو الشيء لا تقوم عقبة ضد

(١) السنهوري ص ٤٩٩ . ولق قابلية تحول التصرفات القابلة للإبطال حتى دون نص .

سريان التحول على مثل هذه التصرفات . فإذا كان من الممكن أن يكون التصرف في مواجهة شخص ما غير صحيح وفي مواجهة شخص آخر صحيحا ، فيجب أن يكون من الممكن كذلك ، أن يكون للتصرف ، نتيجة التحول ، أثر في مواجهة شخص ما ، مخالف للأثر الذي ينتجه (دون تحول) في مواجهة شخص آخر (١) . لهذا يكون من الجائز ، أن يتحول عمل التصرف Verfügung في مواجهة من يحمي المنع من التصرف ، إلى تصرف لإنشاء التزام ، فثلا يتحول الرهن غير الصحيح إلى حق حبس (٢) .

فإذا تصرف شريك في شركة ، في نصيبه من ذمة الشركة أو رهنه أو ألقفه بحق انتفاع (المواد ١٢٧٤ ، ١٠٦٩) فإن التصرف يكون طبقا للمادة ٧١٩ غير صحيح نسبيا ولكن يستبقى في علاقة سائر الشركاء باعتباره حوالة أو رهنه أو إنشاء حق انتفاع على الحقوق التي يملك الشريك طبقا للمادة ٧١٧ أن يجرى فيها عمل تصرف صحيحا ، ومنها قبل كل شيء نصيبه من الربح وحصة عند التصفية . وبمثل ذلك حكمت المحكمة العليا للدولة (٣) .

عمل التصرف Verfügung الصادر من أحد الزوجين على نصيبه من الأموال المشتركة هو غير صحيح في مواجهة الزوج الآخر . وقد استبقت المحكمة العليا لفرانكفورت (OLG. Frankfurt : L. Z. 1929/575) طبقا للمادة ١٤٠ باختياره حوالة الحقوق الواقعة على المقابل الذي يصيب المتصرف عند التصفية . فالتحول هنا معترف به عامة . ولكن لما كان واقع الحال في الحالات الفردية قد يترك مجالا للاعتراض عما إذا كان التحول موافقا لنية الطرفين ، فإنه يجب لذلك اتخاذ حيلة خاصة . فعلى أساس هذا السبب يمكن رفض التحول . ولكن ليس على أي حال بسبب عدم جوازه بصفة أصلية (٤) :

(١) Fischer ، ٢٠ ، Finger ، ٥٨ ، Wiechell ، ١٨ ، Kuntzel ، ١٧ ، Schönwetter ، ٢٠ ، Brasch ، ٧٠ ، Rutenbeck ، ١٠٦ ، ٢٢ .
(٢) Tuhr ، ٢ - ٢ - ١ ، ٢٩٠ ، Standinger ، مادة ١٤٠ ملاحظة .
(٣) Finger ، ٥٨ .

(٤) RG. "Recht." 1913. Nr. 1424. : بقره Fischer ، ٩٠ .
v. Tuhr ، ٢ - ١ - ٩٠ ، Standinger ، (المادة ١٤٠) ، Rutenbeck ، ٢٢ .
Finger ، ٥٩ .

(٥) Fischer ، ٢١ ، Finger ، ٥٩ .

ويذكر Finger (ص ٥٨) في هذا الشأن ، أنه قد تقوم في هذا الصدد عدة صعوبات عملية لا يمكن إغفالها . فالتحول يصبح ، كما هو الحال دائما ، غير جائز ، على أساس الأساليب الواقعية ، حينما يدخل الطرفان . وعدم الصحة في حسابهما ، وكذلك إذن قبل كل شيء ، إذا كان المنع من التصرف كان معلوما لهما .

ولكن من المتصور أن يكون الطرفان قد اعتقدا أن من تقرر المنع لحايته لن تتأثر حقوقه بتصرفهما ، وفي هذه الحالة يمكن أن يدخل تطبيق المادة ١٤٠ في الاعتبار . أما إذا كان الطرفان على عكس ذلك ، لا يعلنان المنع فإن المادة ١٤٠ تنطبق دون تردد .

ونجد كذلك في الفقه (١) تحفظا مؤداه أن المادة ١٤٠ لا تنطبق طالما أن عدم صحة التصرف لم يستقر على وجه قطعي ، ولكن عندما يتحقق بطلان النهائي في مواجهة الشخص المقرر حمايته فقط ، وهذا ما قد يقع في حالة ما إذا لم يلحق الإقرار بهذا التصرف غير الصحيح ، وحينئذ تقوم حالة بطلان حقيقي ، فإن المادة ١٤٠ تكون منطبقة .

ويجب مراعاة ، أن تحول حوالة أو رهن حق غير صحيحين إلى توكيل نهائي بالقبض لا يمكن الرجوع فيه غير ممكن لأن المادة ٣٩٩ تقف دون ذلك . إذ سوف يتحقق من الناحية الاقتصادية عن هذا الطريق نفس الغرض الذي يتحقق عن الحوالة ، ولكن يكاد يكون العثور على تصرف جديد لا يصطدم بالمنع من الحوالة غير ممكن . وفي هذا المعنى حكمت المحكمة العليا لمجورج OLG. Hamburg (٢)

وقد أكدت المحكمة العليا للدولة كذلك في الحكم Warn. 1910. Nr. 103 أن التحول يمكن في العلاقة بين المحيل والمحال : وينقد Finger هذا النظر على أساس أن التصرف في هذه العلاقة ليس غير صحيح ، فليس ثمة مجال للتحول (٣) . وعلى

(١) Fischer ص ٥٨ ، Schönwetter ص ٢٠ .

(٢) Fischer ص ٨٩ ، Finger ص ٥٩ . وكنس المادة ٣٩٩ : لا يمكن حوالة الحق إذا كان الرهن لشخص غير الفائئ الأصل لا يمكن أن يتم دون تغيير في مضمونه أو إذا كانت الحوالة قد استجبت في اتفاق مع اللذين .
(٣) Finger مذكور أعلاه .

عكس ذلك يقر v. Brasch هذا الرأي ويجيز التحول ، لأن هذا التحول لا يهدد استقرار القانون والمعاملات. فالقلق الناشئة عن ذلك ليست أكبر من تلك الناشئة عن مصير التصرف في مجموعه وهو لا زال محل تساؤل^(١).

في هذه الحالة نرى أن التصرف يكون من بادىء الأمر ، أى من وقت إبرامه ، غير صحيح ، ولذلك يكون قابلاً للتحويل . وهذه الحقيقة لا يستطيع Finger نفسه أن يتجاهلها ، لأن عدم صحة التصرف هى أساس إعمال التحول وهى يجب أن تتحقق فى لحظة نشوء التصرف . لهذا يكون التصرف قابلاً للتحويل دون حاجة إلى انتظار ما إذا كان سوف يصبح غير صحيح على وجه نهائى أو سوف يلحقه الإقرار . فعدم الصحة هذا يكون فى ذاته الشوط الأول لتطبيق التحول الذى يرفع بإعماله حالة عدم الاستقرار القانونى هذه .

وعلى ذلك فإننا نقر التحول فى هذه الحالة

الباب الثاني

الشروط الموضوعية للتحويل

(موافقة التصرف الباطل لعناصر تصرف آخر صحيح)

تنص المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني على أنه : إذا وافق
entspricht تصرف باطل لعناصر تصرف آخر ، يصح هذا الآخر
فشرط تطبيق المادة ١٤٠ هو إذن أن يوافق التصرف الباطل عناصر
تصرف آخر .
فيجب إذن أن يكون التصرف الثاني تصرفاً ، آخر ، وأن يوافق التصرف
الأول عناصره .

الفصل التاسع

تصرف آخر

حين تتطلب المادة ١٤٠ أن يوافق التصرف الباطل عناصر تصرف آخر ،
فإن النص يعبر بذلك عن شيء كان مفهوماً من تلقاء نفسه وهو أنه يجب
أن يكون ثمة فرق ، بين التصرف الباطل والتصرف الثاني .
ويكون ثمة تصرف آخر ، إذا كان ليس هو التصرف المقصود أصلاً ، وآثاره
غير آثار الأول التي كان يمكن أن تظل قائمة بطريق التفسير أو بإدراج التصرف تحت
المبدأ العام الذي ينظمه Subsumtion أو الاستبقاء الجزئي . فالصرف المقصود

أصلا هو هذا الاعتبار باطل في مجموعه ، ويحل محله تصرف آخر تماما يشارك الأول في كثير أو قليل من مقوماته الفنية .

فلما كان التحول إذا كان التصرفان يتلاقيان باعتبارهما وحدة واحدة أو كانت عناصرهما تغطي بعضها البعض إلى حد أن يكون من الممكن أن تقرّر الصحة لتصرف آخر على سبيل المساعدة من طريق التفسير . لهذا يكون Windscheid^(١) قد ذهب إلى حد بعيد حين زعم أنه التصرف يستبقى باعتباره ما هو وإنما تستعاد ناحية منه هو نفسه لم تكن ظاهرة^(٢) ، إذ أن التصرف المقصود الباطل هو عديم الصحة تماما ، وعلى أطلاله يخرج تصرف آخر إلى عالم الوجود .

وكذلك فإن وجهة نظر Wachter, Unger من أن التحول إنما يقوم في تغير التصرف الباطل إلى تصرف صحيح ذي مجال مختلف ، يقع فيه هو نفسه ، هي وجهة نظر متناقضة ، فالتصرف الباطل لا يمكن أن يتضمن في ذاته شيئا صحيحا .

أما مجرد التسمية غير الصحيحة (٣) فلا تؤدي إلى بطلان التصرف ، ولا تقوم لذلك أساسا لتطبيق ١٤ ، ولذلك فإن وجهة نظر Dernburg^(٤) من أن التحول مداره مجرد تغير الإسم فقط ، هي غير صحيحة . إذ هنا يستبقى التصرف الذي ليس على الإطلاق باطلا ، باعتباره هو نفسه وإن كان تحت اسم آخر . فدار الأمر هنا هو تفسير لا تحول . أما في التحول ، فلا يدور الأمر حول تغير الإسم وإنما حول تغير التصرف هو نفسه ، ولذلك فإن التحول ليس على الإطلاق تطبيقا لقاعدة « أعطى الواقعة وأعطيك القانون » da mihi factum, dabo tibi ius (أي أن التحول لا يدور حول تصحيح التكليف القانوني الغلط disqualification).

(١) باندكت ص ٤٣١ ملحوظة ١٥ .

(٢) Riezler في Standinger Komm. الطبعة السابعة والثامنة على المادة ١٤٠ ، يتسك بعدة بهذا الرأي .

(٣) بصرف النظر عن الكميالة .

(٤) Lebrb. I ص ٤٠٠ .

فالتصرف الجديد ، يجب إذن أن يكون مختلفا عن التصرف المقصود .
أما القطبان اللذان يمكن أن يتحرك في مدارهما التحول ، فيبينهما المثلان الآتيان ،
من ناحية التحول عن طريق مجرد تغيير المضمون (مثل إنشاء دين مصحوب
بتأمين باطل) ومن ناحية أخرى إلى تصرف مختلف النوع Typ (تحول الوعد
بدوطة : نقل ملكية عقار إلى وعد بإنشاء حق انتفاع لدى الحياة) . (١) فهذا
يبين لنا إلى أي حد يمكن أن يعتمد التصرف الآخر إعلانا وإرادة عن التصرف
الأصلي . وإنما يمكن القول أن كلا التصرفين لا يجوز أن يقع في مجالين مختلفين
تماما من مجالات الحياة . (٢) أما الاختلاف القانوني (عمل التصرف Verfügung
أو تصرف منقش . لالتزام ، تصرف متعاق بشئ . أو بالتزام ، في نطاق إقانون
المدانيات أو قانون الأسرة .. الخ) فهو على عكس ذلك ليس بأية حال عقبة
مانعة من إجراء التحول (٣) .

(١) هناك أمثلة كثيرة أخرى توجد في الأحكام مثل 31 N. 79. Seuff.

Warn. 1928. Nr. 8 = H. R. R. 1928 Nr. 207

(٢) RG. Seuffert. A. 80. Nr. 110

(٣) Schönwetter ٢١ س Siller ، ٧١ س Rutenbeck ، ٤١ Well ،

٦٦ Fischer ، ٦٩ Wiechell ، ٢١ Bichmann ، ١٦ Finger ،
١٠١ س ، ولهذا تكون وجهة نظريته بدوي من أن عقد البيع الصادر من غير مالك
يحول إلى عقد مطلق . لالتزامات (وعد بالبيع) غير صحيحة ، لأن البيع بنفسه نفس
الالتزامات مثل الوعد بالبيع طبقا لقاعدة الوعد بالبيع يعتبر يما Promesse de vente
vaut vente .

ويبدو أنه يريد بذلك فقط تأسيس نشوء التزام البائع بالتعويض عن المقد نفسه لا عن
الفضل الضار ، ولا حاجة في هذا إلى أعمال التحول . ويسرى هذا أيضا في رأينا على عقدا لإيجار
الصادر من غير مالك وأمثال هذه العقود .

ويقرب من هذا الرأي رأي آخر يصل إلى نفس النتيجة وإن كان عن طريق آخر (سليمان
مرقس ومحمد علي إمام : عقد البيع ٤٤٤) . . فيبدأ بأن يفرق بين نوعين من عقد البيع ؟
نوع يقصد به أن ينتقل للملكية بذاته ويشترط فيه أن يكون البائع مالكا للبيع وقت العقد

يمكن أن تنتقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين ، ونوع لا يقصد به انتقال الملكية بمجرد الاتفاق ولا يشترط فيه أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت العقد ما دام في الإمكان أن يكتسب هذه الملكية فيما بعد وأن يتخذ التزامه بنقلها إلى المشتري . ويرتب على هذه التفرقة أن يقع النوع الثاني صحيحا متجنا لآثاره ولو لم يكن البائع مالكا للمبيع ؟ أما النوع الأول فيسكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ، رغم أنه لاخلاف على أن الاستحالة هنا نسبية وأن استحالة المحل نسبيا لا يمكن أن تنتهي إلى البطلان . ثم يرى أن هذا النوع إذا بطل بطلانا مطلقا فإنه يتحول إلى عقد من النوع الثاني ، أي عقد بيع منفي .

لالتزامات فقط ، إذا ثبت أن نية الطرفين المحملة كانت تنصرف إلى ذلك لوعدها أن العقد الأول غير ممكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع . ويرى أن المشرع فرض فرضا غير قابل للإثبات العكس أن البائع قد انصرف نية احتملة إلى التحول ولذلك لم يسمح له أن يمسك ببطان بطلان العقد رغم أنه بطلان مطلق . وانصراف نية المشتري مفروضا إلى أن يثبت العكس . ولذلك ينتج عقد النوع الأول آثار عقد النوع الثاني كاملة مادام المشتري لم يمسك بالبطان . لذلك ينبغي

بيع ملك الغير التزامات فقط ولا ينقل الملكية بذاته ، وبصح أن يجبر المشتري المقدم على إجازته قبول التحول عنه من أن يمسك بالبطان ولو أنها لا تنقل إليه الملكية ، كما يفسر إمكان ورود إقرار المالك على العقد وإمكان انتقال الملكية إلى المشتري بمجرد أن يصير البائع مالكا . أما إذا تمسك المشتري بالبطان فذلك دليل على أن نيته المحتملة لم تكن تنصرف إلى تحول عقد النوع الأول إلى النوع الثاني ، ووجب اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا وغير قابل لإنتاج أي أثر قانوني ، وألزم البائع بالتعويض باعتباره متسببا بخطئه في أن يعقد المشتري معه بحسن نية عقدا باطلا .

والتوصل ظاهر في هذا الرأي : فنقطة البداية غير صحيحة إذ أن التفرقة بين بيع ناقل للملكية وبيع منفي لالتزامات إنما هي تفرقة لأساس لها وقد وضعت بقصد الوصول إلى هذه النتيجة بالذات . فعقد البيع في القانون المصري عقد منفي لالتزامات فقط ومنها الالتزام بنقل الملكية ولا ينقل الملكية بذاته إلا إذا وزد على متقول معين بالذات إذا لم يتفق على غير ذلك . فالعقدان هما إذن عقد واحد وليسا عقدين مختلفين . فلا يوجد بينهما أدنى فرق يمكن أن يبرر هذه التفرقة . فالقول : « نتمتع من يدي » الأمر لعدم وجود أي خلاف من أي نوع بين المقدين . فالبيع الذي لا يقصد به إلا إنشاء التزامات فقط ليس إلا الوعد بالبيع ، وهنا يظهر استناد هذا الرأي إلى رأي الدكتور هيجت بدوي مع خلو رأي الأخير من الإصطناع .

أما فضلا عن أن هذه التفرقة لا جدوى منها في تقرير الوصول إلى التحول : إذ لو ساءرنا هذا الرأي ، يبين لنا أن التفرقة بين نوعي البيع مردها النية دائما ، فإذا تعاقدا الطرفان من علم بعدم ملكية البائع كان العقد من النوع الثاني حتما من يدي الأمر ولم يعد ثمة مجال لاعتباره من النوع الأول ثم بطلانه ثم تحوله فهذا عين في المنطق ، بل إن التحول ينطلق هنا حتما من المشتري عليه العقد المقدم بطلب البطلان ، ورغم ذلك يكون له أن يمسك بالبطان بطلان منفي في القانون . أما إذا كان أحد الطرفين يعلم بخلاف الملكية والآخر يجهله ، فإن منطق الرأي نفسه يستقيم

ولذلك فإن ما يتطلبه Fr. Leonhard ^(١) من وجوب ألا يكون مضمون التصرف الجديد من نوع أخرى غير نوع مضمون التصرف القديم ، هو غير صحيح .

وهذا الاختلاف قد يكون فيما يتعلق بالشئ أو فيما يتعلق بالأشخاص ، وهذا لا يعوق إجراء التحول بأي حال . ^(٢) فالتصرف الباطل والتصرف الآخر ، يمكن أن يختلفا عن بعضهما إلى حد كبير لدرجة أن يقع كل منهما في نطاق قانوني مختلف عن الآخر . إذ في العادة يتوقف الأمر بصفة حاسمة لدى الطرفين ، على الحصول على نتيجة Erfolg اقتصادية بيننا متفقاً أمامها الوسيلة القانونية التي تتحقق عن طريقها هذه النتيجة . وإنما يجب أن يتوافق التصرف الثاني ولو على وجه التقريب مع التصرف الأول في علاقة واحدة على الأقل وهي الفرض . فإذا ظل الفرض ، على وجه التقريب ، واحداً ، فيمكن أن يقع فيما عدا ذلك أكبر اختلاف بين التصرفين . والحالات التي يختلف فيها التصرف الثاني عن الأول بأن تتغير طبيعته القانونية كثيرة جداً . فبذلك يمكن أن يكون التصرف الجديد تصرفاً مختلف النوع تماماً وأن يقع في نطاق قانوني مختلف تماماً عن الأول . وهذا هو الحال ، على سبيل المثال في القضية التي حكمت فيها المحكمة العليا للدولة (RG. 66/27) بتحويل رهن باطل إلى حق حبس أو عقد توريث باطل إلى

== ألا ينعقد المقد على أي وجه للفعل أو لرد على طبيعته . فلا تبقى إذن إلا صورة أن يعتقد الطرفان معاً في نفس الوقت ملكية البائت ثم يتبين تخلفها ، وهذه حالة غلط ، شذوذاً تؤدي إلى الإبطال .

وأخيراً فإن التحول إنما يعمل أثره من وقت إبرام العقد الباطل وتكتشف البنية المقترضة التي كانت تلوم في هذه اللحظة ، بينما هذا الرأي يجعل لواقعة لاحقة وهي واقعة التمسك بالإبطال أثر في التحول ، فإذا لم يطلب المشتري البطلان بعد أن علم سببه وقع التحول . وإذا طلب البطلان لم يقع التحول ، وهنا تظهر عدم جدوى هذه المحاولة لأنه إذا لم يطلب المشتري البطلان فإن المقد يظل قائماً منتجاً لآثاره بنسب القانون دون حاجة إلى أعمال التحول ، أما إذا طلب المشتري البطلان وبطل المقد وهنا تظهر الحاجة الحقيقية إلى التحول ، فإن هذا الرأي يقف عند البطلان ولن ينعين التحول ، ورغم أن هذه هي الحالة التي كان يجب أن يتدخل فيها التحول ، إذ أن التحول إنما يبين مقداً باطلاً فلا إلى الصحة وليس وسيلة لتفسير عقد صحيح بطبيعته .

(١) قانون الوارث Erbrecht المادة ٢٠٨٤ ف ١ ؛
(٢) ترجمة عقد التوريث ، وهو تصرف من جانبين يتحول إلى وصية أي إلى تصرف من جانب واحد . أما التحول بتغيير الشخص فيوصف به الج في فصل خاص فيها بعد .

عقد مزادعة (Senff. Arch. 80. Nr. 35) أو كفالة باطلة إلى حوالة دين (RG. 78/39) .

ويجرى التحول كذلك إذا ما تغير محل التصرف فقط مثل تحول نقل ملكية مجموعة أموال Vermögen كاملة إلى التزام بنقل العناصر الفردية المسكونة لهذا المجموعة (١) ويبيع شيء إلى يبيع شيء آخر .

ويمكن كذلك أن يكون التصرف الباطل واقعا في نطاق قانون الأشياء والتصرف الجديد واقعا في قانون المدانيات (٢) .

١ - لا يمكن نشوء حق شفعة عيني في مقابل ثمن محدد لأن المادة ٥٠٤ وما بعدها تتضمن هنا ، طبقا للمادة ١٠٩٨ قاعدة ملزمة . ولكن يمكن أن يظل حق الشفعة العيني الباطل طبقا لذلك قائما باعتباره حق شفعة شخصي يمكن أن يكون له أثر عيني بقيد التأشير به تأمينا للحق المشروط في نقل ملكية العقار . وبذلك حكمت المحكمة العليا لكيل OLG Kiel (٣) . وعن طريق هذا التحول يتحقق بقدر كبير الغرض الإقتصادي المطلوب (٤) .

٢ - يتحول عقد إنشاء حق الانتفاع الباطل إلى عقد مزادعة (٥) .

RG.67/3 (١)

(٢) وفان Betti س ٥٠٩ فهو يقر تحول التصرف الملقى لحق عيني إلى تصرف ملقى لالتزام .

(٣) Schlesw. Holst. A. 1922/10 وأقرته المحكمة العليا لدولة RG. 142. Nr. 77. Senff A. 77. Staudinger وفقره ١٤٠ م ملحوظة ٥ .

(٤) ولكن ينطبق التحول إذا كان حق الشفعة العيني قد أنشئ طبقا للعادة ١٠٩٧ ف ٢ لجميع حالات الشفعة أو طبقا للعادة ١٠٩٤ ف ٢ لمصلحة من كان يملك في ذلك الوقت عقارا آخر . ولما كانت هذه الانتافات غير ممكنة في حق الشفعة الشخصي ، فهذا لا يوافق التصرف الآخر (Bay. OLG. 45/82) . وتنتهي حدود التحول كذلك في الأحوال التي يكون فيها في حد ذاته جائزا ، إذا كان حق الشفعة العيني يضمن بمحدد وغير الجائز قد قيد في السجل العقاري . إذ أن تحول القيد في السجل العقاري يمتنع . فالمتري الذي حصل على العقار مثقالا يمثل هذا المبدأ الخالف للقانون ، يستطيع أن يتمسك بأن على مكتب السجل العقاري أن يلغى القيد من تلقاء نفسه von Amts wegen ، (مادة ٥٤ ق ١ من نظام السجل العقاري) . فلا يمكن أن تسرى هنا المادة ١٤ Stillschweig. JW. 1929/3319 .

ومعنى ذلك محكمة يينا العليا (OLG. Jena) .

(٥) Endemann س ٣٦٧ Oertmann ، ١٤٠ Fischer س ٨٩ .

٣ - يتحول عقد الزم الحيازي الباطل إلى حق حبس (١) كما ذكرنا آنفا .
ومن رأى Siber كذلك أن الزم (الحيازي) الباطل يمكن استبقاؤه باعتباره
حق إدارة نسي (٢) .

٤ - وقد أجازت المحكمة العليا للدولة RG. ومحكمة ناومبرج العليا
OLG Naumburg (٣) تحول الالتزام الباطل بنقل ملكية عقار إلى التزام بإنشاء
زم (غير حيازي) أو حق ارتفاق .

٥ - وأكثر من ذلك فقد أقرت المحكمة العليا للدولة (٤) تحول حق قرار
ورائي إلى عقد مرادة .

وفضلا عن ذلك فهناك عدة أمثلة تبين كيف يمكن أن يكون هذا الخلاف
بين التصرفين كبيرا .

١ - أخذت المحكمة العليا للدولة (RG. 110/39) بالتحويل في القضية
التالية : نقل المدعي إلى المدعي عليها وهي بنته وزوجها ملكية عقار مملوك له
بمناسبة زواجهما ولكن دون أن يبيع ذلك العقد المجرد الناقل للملكية
Auflassung والتقيده في السجل العقاري . فطلب المدعي بدعواه استحقاق العقار
لأنه نقل عنه المدعي عليها على سبيل العارية فقط لمدة غير محدودة بينما يتمسك
المدعي عليها بأنهما أعطيا العقار باعتباره هبة بمناسبة الزواج Mitgift
(دوة) . أما التصرف فقد كان باطلا بسبب عدم استيفاء الشكل المقرر
في المادة ٣١٣ . ولكن المحكمة العليا للدولة RG. استبقت التصرف الباطل
باعتباره إنشاء حق انتفاع لدى الحياة ، إذ يتبين من الغرض من الوعد أن
الطرفين لو كانا قد علما بطلان العقد الوارد على نقل الملكية لكانا على الأقل
واقفا على إنشاء حق الانتفاع . ومن الواجب تأييد هذا الحكم ، وهو فضلا
عن ذلك دليل آخر على أن التصرف الباطل القابل للتصحيح (الموقوف) يكون قابلا
للتحول إذا ما استقر البطلان ، وهذا هو الحال هنا .

(١) JW. 1928/174 : 124/28 : 68/386 ; RG. 66/24

(٢) Jher. J. 150/124 : 127/8

(٣) OLG. Naumburg. J. W. 1929/70 : RG. 116 / 391 :

D.J.Z. 1909/321.

Senff. A. 80. Nr. 135 (٤)

٢ - وقد تمسكت المحكمة العليا للدولة كذلك^(١) بوجه النظر هذه في القضية التالية أيضا : أنشأت مؤجرة لمستأجر منها حق شفعة في الشكل الرسمي بدا كما لو كان شراء ، وألزمت نفسها بقيد حق الشفعة هذا في السجل العقاري . فأقرت المحكمة العليا للدولة تحول حق الشفعة إلى اتفاق على قيد تأشيرة بالتخلي (نقل الملكية) Auflassungsvormerkung .

٣ - في نفس المعنى حكمت كذلك محكمة كيل العليا OLG Kiel :^(٢) كان قد قيد لمصلحة المدعى عليه حق قرار وراثي على عقارين ، لو كين المدعية . ولكن العقد الوارد على حق القرار كان رغم ذلك باطلا ، لأن القرار ترك للمدعى عليه للائتماع الزاعي دون أن يكون قصد المزاوعة قد نشأ أو يكون قد أصبح من مضمون العقد . ولكن لما كانت العبرة لدى المدعى عليه كانت هي حصوله على قدر الإمكان على حق شامل بالاتماع الزاعي بالعقار ، فقد حولت محكمة كيل العليا عقد إنشاء القرار الورثي^(٣) الباطل إلى عقد مزاوعة طويلة المدة بحجة أنه لم يقد دليل على أن الطرفين أرادا التصرف في الصورة التي تم بها تحسب ولم يكونا ليعقدا تصرفا آخر في أي حال من الأحوال .

٤ - وأكثر من ذلك فقد أقرت محكمة ناومبرج العليا OLG Naumburg :^(٤) جواز تحول عقد باطل بنقل الملكية على سبيل التأمين إلى التزام بإنشاء رهن (غير حيازي) Hypothek .

ويذهب القضاء ، في أعمال سليم لهذا المبدأ الأساسي ، إلى أبعد من ذلك إذ يميز تحول التصرفات بين الأحياء إلى تصرفات بسبب الموت والعكس . وإن هذه الأحوال لذات أهمية خاصة ، إذ يقصد عادة بالتصرفات المعقودة بسبب الموت أغراض مختلفة تماما عن تلك التي يراد الوصول إليها في التصرفات بين الأحياء .

١ - وعلى هذا الأساس فقد فصلت المحكمة العليا للدولة RG :^(٥) في

Seuff. A. 77. Nr. 142 (١)

Seuff. A. 80 Nr. 135 (٢)

(٣-ترجمة) حق القرار الوراثي Erbbaurecht : هو تكليف يقع على المقار مقتضاه أن يثبت لصاحبه حق قابل للتصرف فيه veräußerlich (alienable) ورأى أن يقيم بناء سواء فوق سطح المقار أو تحت هذا السطح . ولا يجوز قصره على جزء فقط من البناء أي دور واحد فقط مثلا ، ولا ينتفى هذا الحق بهدم البناء .

JW. 1929/10 (٤)

OLG, 35/374=JW. 1910/407 (٥)

القضية التالية . قرر المورت في محرر مكتوب بخط يده وحامل لتاريخه الصحيح ، ولكن يحمل غلطا عنوان « سند دين *Schuldschein* » ، بأنه يجب أن تحصل المدعية التي أمضت ١٤ عاما في خدمته (المورت) على ١٠.٠٠٠ و ١٠ مارك ، يكون لها بعد موته الحق في قبضها . فاستقبلت المحكمة هذا التصرف — الباطل باعتباره وعدا بهبة — باعتباره وصية يدوية تتضمن الإيصاء ببعض المال في هذه القضية بصراحة ، أن تطبيق المادة ١٤٠ لا يشترط بأية حال تصرفات من نفس النوع . « إن المادة ١٤٠ نص قائم في الباب الخاص بالتصرفات القانونية ويتكلم عن التصرفات الباطلة دون تفريق بين ما إذا كانت قد أبرمت بين الأحياء أو بسبب الموت » . وفي هذا المعنى كذلك حكمت المحكمة العليا للدولة (١) RG. 1916/467. RO. Bay. 1920/208

٢ — وأكثر من هذا فقد قضت المحكمة العليا للدولة (٢) RG. باستبقاء حوالة وارودة على حق ناشئ عن رهن (غير حيازي) *Hypothek* ، تمت على سبيل الهبة وكانت باطلة ، باعتبارها وصية .

٣ — كذلك فإن العقد الذي أبرم في مرض الموت ، وهو لذلك باطل في القانون المصري يمكن استبقاؤه باعتباره وصية إذا وافق عناصر الوصية (٣) .

٤ — عقد التوريث باطل طبقا للقانون المصري ، ولكن يمكن استبقاؤه باعتباره وصية (٤) .

ومن الممكن كذلك أن تتحول تصرفات الإرادة الأخيرة إلى تصرفات بين الأحياء ، وفي هذه التصرفات بالذات يريد المعلن نتيجه عملية معينة يكون من الواجب العمل على تحقيقها بوجه خاص لأن المتصرف لم يعد يمكنه رفع العيب .

(١) Finger ص ١٠١ يتساءل عما إذا كان يمكن في هذه الحالة الكشف عن الوصية عن طريق تفسير أصح ، وحينئذ لا يحتاج الأمر إلى تطبيق المادة ١٤٠ . فان Fischer ص ٧٥ . وتقدر المحكمة العليا للدولة نفسها أن وجهة النظر هذه ممكنة ، ولكن رأيت نفسها مقيدة بما قرره من حيث الواقع بحكمة الموضوع :

(٢) RG. "Recht" 1912. Nr. 1884 ؛ RG. "Recht" 1929. Nr. 1466

(٣) بهجت بدوي ص ٤٢٨ ، الشهورى : المصادر ص ٥٠٠ .

(٤) الشهورى المصادر ص ٥٠٠ والقدس ص ٦٣٥ .

(م) — ١٠ تحول التصرف القانوني

١ — حولت المحكمة العليا للدولة RG عقد توريث باطل إلى عقد بين الورثة الشرعيين المقبلين في معنى المادة ٣١٢ (١).

٢ — إلا أن المحكمة العليا لبافاريا Bay Ob. LG. (٢) قد أخذت على أى حال بوجهة نظر أخرى حين تقول : أن تحول تصرف الإرادة الأخيرة إلى تصرف بين الأحياء لا يمكن أن يكون محل تفكير ، ولكن وجهة النظر هذه ليست صحيحة ، فإن الإرادة الواقعة على تصرف الإرادة الأخيرة ليست بأية حال غير متفقة مع إرادة إبرام تصرف بين الأحياء . ولا تؤدي بأية حال إلى استبعادها (٣).

٣ — كذلك استقبلت محكمة ميونيخ العليا OLG. 35/374 München بإعطاء بعض المال Vermächtnis مقررأ لتنفيذ الوصية في وصية Testament باطلة إلى اعتراف بدين عن الخدمات المؤداة (٤).

فن المستقر إذن في الفقه وفي قضاء المحكمة العليا للدولة RG. أن التصرف الجديد يمكن أن يكون تصرفاً من نوع آخر تماماً ويقع في نطاق قانوني مختلف عن التصرف المقصود . وإن أكبر اختلاف لا يعوق التحول أساساً ، طالما أن اتحاد النتيجة أو تقاربها قائم ، أى طالما أن التصرف الثاني يوافق التصرف الأول .

(١) H.R.R. 1927. Nr. 1403 : وتنص المادة ٣١٢ : يكتون العقد الوارد على تركه شخص ثالث لازال على قيد الحياة باطلا . ويسرى ذلك أيضا على العقد الوارد على الجزء المحجوز . قانونا أو على إعطاء بعض المال من تركه شخص ثالث لازال على قيد الحياة (١٣١ م ٢) : ولا تسرى هذه الأحكام على العقد المبرم بين الورثة الشرعيين المقبلين الوارد على التصيب القانوني أو على الجزء المحجوز قانونا الذى يستحق لواحد منهم . ويتطلب مثل هذا العقد الشكل الرسمي (أمام المحكمة أو الموثق) (ترجمة) .

(٢) Senff. Bl f.R.A. 70/531

(٣) كذلك OLG. 35/375 . إذا كان التحول في كثير من مثل هذه الأحوال سوف يصدر بسبب عدم موافقة الإرادة الفرضية للطرفين ، فلا يبرر هذا بأى حال إنكار قابلية هذه التصرفات للتحول بصفة عامة .

(٤) RG. 99/17 فارن Soergel Respr. سنة ١٩١٧ م ١٤٠ .

الفصل العاشر

تغيير المضمون

ولكن هل يلزم أن يكون التصرف « الآخر » تصرفاً من نوع آخر ؟ أم يمكن أن يكون من نفس النوع ولكن مع تغيير المضمون فقط أى بتغيير الأشخاص أو المحل .. الخ .

وفي السكثير الغالب يكون التصرف الجديد مختلف النوع عن التصرف الباطل ، ولكن هذا ليس ضرورياً بآيه خال . فيمكن أن يختلف التصرف الجديد عن التصرف الباطل من حيث مضمونه فقط . فالقانون يتطلب « تصرفاً آخر » وهو بهذا لا يتطلب على الإطلاق نوعاً آخر . فيمكن أساساً أن يميز التصرف الجديد عن التصرف الباطل أى بتغيير ما . إذ تقوم كذلك الحاجة إلى التحول إلى تصرف آخر من نفس النوع مع مضمون أقل أو مختلف . بل إن تطبيق المادة ١٤٠ في هذه الأحوال يكون أولى ، إذا الظاهر أن التصرفات المشابهة على هذا الوجه تكون النتيجة الاقتصادية فيها واحدة أو مشابهة (١) . فيمكن أن يتحول تصرف ذو مضمون مخالف للقانون أو الآداب أو ذو مضمون مستحيل إلى تصرف من نفس النوع ذى مضمون صحيح : لهذا يمكن أن يتحول عقد بيع ذى مضمون مستحيل ، مثل توريد بضاعة أجنبية يقوم بالنسبة لها أمر تحرير استيراد ، إلى عقد ذى مضمون ممكن ، مثل توريد بضاعة مشابهة من داخل البلاد . كذلك يمكن أن يتحول عقد مؤانسة Darbietungsvertrag مخالف للآداب إلى عقد آخر مثل عقد إقامة حفلة موسيقية (٢) . كما يمكن

(١) Wiechell من ١٢ ، v. Brasch ، ٧٢١ من Fischer ، ١٦ من Weil ،
Siller ، ١٦٩ من Finger ، ٢٠٣ من Bichmann ، ١٥ من Schönwetter ،
من ٢٨ Enneccerus ، ٨٧٥ من Oertmann ، ١٣٠ .
(٢) الثلاث من Weil من ٦٨ .

تبعا للظروف أن يستبقى بيع شيء باعتباره بيعا منصبا على الحق الوارد على الوفاء بالشيء (١) .

ولكن المحكمة العليا للدولة (٢) وقفت عند وجهة نظر مقتضاها أن التصرف الثاني يجب أن يكون من نوع قانوني آخر غير التصرف الباطل ، وأن مجرد تعيين المضمون لا يكفي للتحويل بحال ما . فقد رفضت في هذا الحكم تحول تفويض (٣) *Vollmacht* لا يجوز الرجوع فيه وكان عاريا عن الصحة بسبب الشكل إلى تفويض يجوز الرجوع فيه : فقد باع شخص عقارا بمقتضى تفويض لا يجوز الرجوع فيه ولكنه كان باطلا طبقا للمادة ٣١٣ لعدم استيفائه الشكل القانوني . ورأت محكمة الاستئناف أنه من الممكن استبقاء عقد البيع على أساس تحول التفويض الذي لا يجوز الرجوع فيه إلى تفويض يجوز الرجوع فيه . ولكن المحكمة العليا للدولة *RG* قالت في هذا الصدد : إن الطبيعة القانونية للتصرف الذي محله منح سلطة النيابة *die Vertretungsmacht* لا تتغير سواء أكان التفويض قد منح على وجه يجوز الرجوع فيه أولا يجوز الرجوع فيه . وإن تعديل الإعلان الذي محله أن يكون التفويض لا يجوز الرجوع فيه ، لا يغير لذلك الطبيعة القانونية للتصرف المعلن وإنما مضمونه ، هو نفسه ، فقط . فإذا كان من المتسق مع منطق التحول أن يكون التصرف الآخر الذي يحل محل التصرف المعلن محتويا في نفس الوقت مضمونا أكثر قيوداً ، فإنه من الناحية الأخرى ، لا يمكن أن يستنتج من أعمال مجرد تغيير المضمون مع الإبقاء على الصورة القانونية المختارة لإعلان الإرادة ، قيام تحول جائز .

أما *Siller* (ص ١٦٩) الذي يقر التحول مع مجرد تغيير المضمون فيعترض

(١) *Banecerus* أعلاه .

(٢) *H.R.R* 1926, Nr.360 = *Gruch.* 68/538. *A.* = *D.N.* Z.1926/894 (٢)

RA.G. *Bensheimer.* Bd, 105/412

(٣) — ترجمة) التفويض *die Vollmacht* هو (م ١٦٦ ف ٢) سلطة النيابة المخولة بتصرف قانوني وتسمى كذلك *Procurat* أي التفويض . فهي هي النيابة الاتفاقية ، واستخدمنا اصطلاح التفويض لأنه هو وحده الذي يتم عن طريق تصرف قانوني تميزا له عن النيابة التي تم بمقتضى نص في القانون كنيابة الول أو الوصي عن القاصر أو بمقتضى حكم من القاضي .

على ما جاء في الحكم من أن مثل هذا التحول غير جائز ، ولكنه يقر الحكم في نتيجه ، إذ أن أعمال التحول وإن كان يتوقف على وقت إنشاء التصرف الباطل ولكنه لا يمكن أن يقع إلا بعد أن ينشأ التصرف . لهذا يكون من المستحيل في المخطط القانوني ، أن يكون التصرف المحول مصححاً لتصرف أنشئ قبله . وذلك أن هذا التصرف (التبعي) يشترط لصحته أن يكون التصرف الآخر (المحول) مكتمل الصحة ، إذ أن التصرف الآخر (التبعي) كان قد أنشئ فعلاً . وهذه هي في الواقع علاقة التفويض بالتصرف الذي أجرى على أساسه ، فشرط الصحة التي من هذا القبيل لا يمكن أن تستوفي في وقت لاحق بأثر رجعي . ويوضح ذلك أن أي تحول في القضية الميعة أعلاه ، سوف يتعارض مع هدف المادة ٣١٣ . وهكذا يتطلب Rutenbeck (ص ٢٧) أيضاً ، لتطبيق التحول ، وجوب أن يكون التصرف الثاني من نوع آخر .

ويشترط Saetilles لتطبيق التحول وجوب أن يكون التصرف الثاني من نوع آخر أيضاً^(١) . والظاهر أن هذا الرأي كان ذا أثر كبير على الفقه المصري ، إذ يتطلب الدكتور بهجت بدوي^(٢) أن يكون التصرف الثاني ذا طبيعة قانونية أخرى . أما الدكتور السنهوري فهو أشد حذراً وإن كان يصدر عن هذا المبدأ في التطبيقات الفردية التي أوردتها^(٣) .

ولكن وجهة النظر هذه غير صائبة وهي مرفوضة عموماً . فالمادة ١٤٠ (ومثلها المادة ١٤٤ من مجموعة القانون المدني المصري) ، لا تقدم لنا دليلاً على مثل هذا التقييد . فالتصرف المتغير من حيث مضمونه فقط هو تصرف آخر كذلك . فإذا أمكن تحقيق الغرض الاقتصادي المطلوب عن طريق تصرف آخر

(١) إعلان الإرادة من ٣١٥ فقرة ٢ ، ٣ : تصرف مختلف تماماً بخواصه المميزة .

Un acte tout différent par ses caractères spécifiques

(٢) ص ٤١٠ . يجب أن تختلف طبيعة التصرف (الجديد) عن طبيعة التصرف الأول .

وكان ذلك عبد الحى حجازي . المصدر ص ٣٢٧ : عقد آخر ذي طبيعة أخرى .

(٣) المصدر ص ٥٠٠ : رفض تحول عقد بقاء الشبوع الزائد عن خمس سنوات والباطل

بسبب ذلك إلى عقد قسمه المدة الجائزة قانوناً ، وببترها حالة بطلان جزئي . (ترجمة — مع إجماع القضاء والفقه الألماني على اعتبار مثل هذه الحالة حالة تحول لا بطلان جزئي . انظر الأحكام فيما سبل وخاصة الحكم الخامس بعقد استغلال مصنع البيرة فصل ٢٥ راجعاً فيما يلي) .

من نفس الصورة القانونية ، فإن التحول يكون جائزاً . لهذا فقد تبنت المحكمة العليا للدولة 108/146 RG . وجهة النظر هذه وصرحت بأن التحول لا يستلزم تفهيم التصرف من حيث نوعه . (١)

فإذا كانت محكمة كيل العليا OLG Kiel (٢) قد رفضت هذا التحول بحجة أنه لا يمكن أن يترك جزء من التصرف لكي يحول التصرف عندئذ ، فإن هذه الحجة تكون غير صحيحة ، إذ أن التصرف سوف يحول في خلاصة مجموع روابطه أي بالمشارطات الباطلة كذلك .

والنتيجة التي تصل إليها الآن هي أن التحول مع مجرد تغيير المضمون جائز أيضاً . ولهذا فمن المقرر عموماً إمكان تحول التنبيه غير العادي إلى تنبيه عادي . فالتنبيه يكون ، لسبب أساسي ، (٣) غير صحيح ، ولكن لما كان التنبيه قد أظهر باعلان التنبيه غير المحدد المدة رغبته في فسخ العقد في أقرب وقت ممكن ، فيمكن أن يظل إعلانه الباطل قائماً باعتباره إعلان تنبيه في المدة القانونية ، إذا كان الإعلان باعتباره كذلك كان يراد (٤) . فمثلاً إذا كان ب قد طرد أ بدون مراعاة مدة التنبيه إطلاقاً (أي فوراً بدون تحديد أى مدة إطلاقاً) لأنه اعتقد أن أ قد سرقه ثم تبين أن أ بريء ، فهذا يكون استبقاء التنبيه غير المصحوب بمدة باعتباره تنبيهاً للمدة القانونية ، غير موافق لإرادة ب الفرضية . أما إنهاء العلاقة التعاقدية بتطبيق المادة ١٤ ، فيحسب بانقضاء مدة التنبيه القانونية أو الاتفاقية ، من وقت التنبيه غير الجائز . فمثلاً إذا كان ميعاد التنبيه العادي شهراً ، وطرد أ بدون وجه ودون مراعاة المدة في ٣/٥ ، فيصح هذا التنبيه طبقاً للمادة ١٤ باعتباره تنبيهاً

(١) مثل ذلك أيضاً ؛ Gruch 68/1542 ؛ L.Z. 1929/575 ؛ RAG. 4/222 ؛ Seuff. A. 80. Nr. 110 ؛ RG. HRR. 1926 Nr. 360 ؛ Seuff. A. 56./206 وقارن Siller من ١٦٩ Finger من ٥٦٦ ، من ١٠٣ ، Schönwetter من ٢٨ .

(٢) Schlesw. Holst A. 1925/46 وقارن Finger من ١٠٣ .

(٣) المواد ٦٢٦ ، ٧٢٣ من مجموعة القانون المدني ، المادة ٧٠ ، مرتبطة بالمادة ٧١ ، ٨٢

من مجموعة قانون العمل ؛

(٤) Finger من ١٠٣ والفقه المشار إليه فيه ، 122/9 ؛ RAG. 105/133 ؛

OLG, Breslau, Ztschr. f. Anw. Br. 1914/57 ؛ RAG. 3/17

، وقارن LGI, Berlin. JW. 1927/153 ،

إلى ٦/٣٠ ويسرى هذا أيضا، إذ كانت المدة المقررة قصيرة جداً ، فثلاً إذا كانت مدة التنبيه تسرى حتى ٧/٣٠ فصح باعتبارها تنبهاً إلى ٧/١٥ (١).

كذلك تطبق المادة ١٤٠ على وجه مماثل عند عدم مراعاة مدة التنبيه (٢)، فثلاً يكون التنبيه جائزاً في اليوم الأخير من الشهر فقط ، فيجب اعتبار التنبيه الذي تم قبل ذلك كأنه تم في آخر يوم من الشهر إلا إذا كان الطرفان قد أرادا أن يكون التنبيه صحيحاً إذا تم في التاريخ المحدد فقط . ويكون التحول ممكناً كذلك ، إذا كان التنبيه يجب حصوله للمدة محددة فقط ، بل في تاريخ محدد أيضا ، فثلاً يمكن طبقاً طبقاً للمادة ٦٦ من مجموعة القانون التجاري ، تنبيه مساعدى التجار (العمال الذين يعملون لدى تاجر ويساعدونه في أداء عمله) كقاعدة عامة عند انتهاء ربع عام ميلادى فقط (آخر مارس . آخر يونية . آخر سبتمبر ، آخر ديسمبر) ، على أن يكون التنبيه قبل ستة أسابيع من التاريخ المحدد . فإذا أُنذِر ب في ٧/٣١ اعتباراً من ٨/٣١ فيتحول هذا إلى تنبيه إلى ٩/٣٠ على أساس أنه بحساب مدة الستة أسابيع يحل الموعد في ٩/١٥ لا في ٩/٣٠ . ولكن الأمر مداره هنا هو الميعاد الأدنى ، أى أن رب العمل لا يستطيع أساساً الإنذار في ٨/١٥ إلى ٨/١٩ وإنما يستطيع أن ينذر حتى ٨/١٩ إلى يوم ٩/٣٠ .

وهناك كذلك تطبيق هام للتحول مع مجرد تغيير المضمون ، وذلك في العقود التي تبرم بمجازة الحد الأقصى للثمن ، وذلك إلى الحد الأقصى للثمن الجائز قانوناً فقط (ومع ذلك فإن مراعاة إرادة البائع هنا ضرورية جداً) .

وفي ختام الكلام عن الاختلاف بين التصرف المقصود والتصرف الجديد يجب القول أن الضابط الفاصل في تطبيق المادة ١٤٠ هو وحده مسألة ما إذا كان

(١) RG. 91/207 § 62/66 وفارن Tuhr ٧٠ - ٢ - ١ من ٢٩٠ .

ومن هذا الرأي في الفقه المصرى الدكتور حشمت أبو ستيت : يمكن أن يتحول العقد إلى عقد آخر من نفس النوع (مصادر الالتزام القاهرة سنة ١٩٥٤ ص ٢٦٧ هامش ١) مع إشارة إلى المثل الذى قدمه عبد الفتاح عبد الباقي (الإيجار فقرة ٧٠) من تحول عقد الإيجار الدائم والباطل لهذا السبب إلى عقد إيجار لمدة الجائز قانوناً . وفارن Betti من ٥١٠ فهو يجوز تحول عقد الإيجار المانع لمدة تزيد عن ٩ سنوات والباطل لعدم استيفائه الشكل المطلوب إلى عقد إيجار لمدة الجائز بدون استلزام الشكل .

RG. L.Z. 1908/69 (٢)

يمكن أن يتحقق الغرض الاقتصادي المقصود عن طريق التصرف الثاني ولو على وجه مشابه على الأقل ، ولكن مع إمكان التسليم بأن هذا التصرف الثاني كان قد يراد عند العلم بالبطلان .

فالعبارة ليست إذن بموضع اختلاف التصرف الثاني عن التصرف الباطل ، وإنما بما إذا كانت الصورة القانونية للتصرف الجديد تساعد الطرفين على الحصول على النتيجة المقصودة على وجه أسرع من الصورة القانونية للتصرف الأصلي .

أما أوجه الخلاف بين التصرف الأول والتصرف الذي يوافقه فلا أهمية لها إطلاقا . ويترب على ذلك أن تصرفا مختلف النوع تماما عن التصرف المقصود أو تصرفا آخر متغير المضمون فقط ، كلاهما يكون محققا للشرط الموضوعي بأن يكون التصرف الجديد تصرفا « آخر » (١) .

الفصل الحادي عشر

التوافق das Entsprechen

تطلب المادة ١٤٠ لتحول تصرف باطل إلى تصرف آخر شرطا موضوعيا هو التوافق das Entsprechen أى وجوب أن يوافق التصرف الباطل عناصر هذا التصرف الآخر . وهذا يعرض لنا السؤال ، كيف يوافق التصرف الباطل عناصر تصرف آخر ؟ أي معنى هذا أنه يجب أن تتضمن واقعة التصرف الباطل في مضمونها عناصر التصرف الآخر هذه أم يجب أن يفهم نص القانون على وجه آخر ؟ وما هو الوجه الآخر ؟ وما هي إذن هذه العناصر التي يجب أن يوافقها التصرف الباطل ؟

١ - نجد في الفقه والقضاء كثيرا من يمثلون وجهة نظر مقتضاها أن التوافق Entsprechen لا يعنى أكثر من الاحتواء Enthalten sein ، وأنه لا يوجد

بينهما أى فارق موضوعي objektiv. (١) فالتصرف الباطل يجب أن يتضمن في واقعته المادية العناصر القانونية المكونة للتصرف الآخر ، يجب أن يحتويها في ذاته . وبما لذلك يجب أن تكون هذه العناصر ليست هي نفسها وليست أكبر من عناصر التصرف المقصود والباطل .

ونصل إلى نفس النتيجة حين يعتمد بعض الكتاب إلى عدم ذكره الاحتواء ، صراحة ولكن يتطلبون أن يوجد في التصرف الباطل كافة عناصر التصرف الجديد الموضوعية (٢) ، أو وجود كافة العناصر ما عدا عنصر إرادة التصرف القانوني ، وهذا يكون من المطلوب ، حتى مع أضيق تفسير لأقوالهم ، إعلان مضمون التصرف الذى يوجه — وهذا ما ستراعيه هنا في أول الأمر فقط — إلى تحقيق أثر قانوني .

وقد قضت المحكمة العليا الدولة RG. (٣) بأنه يجب دائما أن تكون عناصر التصرف الآخر الصحيح ، محتواة في إعلانات الإرادة التي صدرت عن الطرفين .

وعلى كل حال فإنه لم يبين في أى مكان إطلاقا ، ما هي على وجه التحديد هذه العناصر التي يجب أن تكون محتواة مع أنه من المهم جدا في تطبيق التحول معرفة وتحديد هذه العناصر (٤) .

وكذلك فإن رأى Saltelles هو أيضا أن التصرف الباطل يجب أن يحتوي في ذاته عناصر التصرف الجديد ، فهو يترجم تعبير entsprechen ومعناه يوافق بتعبير contentir ومعناه يتضمن أو يحتوي وهو ما يفيد التعبير الألماني enthalten أى يتضمن أو يحتوي (٥) .

(١) Michaelis من ٥٦٧ .

(٢) Römer من ٧٨ ، ٩٠ ، Weisengrün من ١٧ ، Hölder البانديكت .

Cosack من ١٥٥ ، Biermann المادة ١٤٠ .

(٣) RG. J. R. 1920. Nr. 1914 = "Recht" 1926 Nr. 1081

(٤) Rutenbeck من ٤٢ ، Finger من ٧٢ ، Schönwetter من ٢١ ،

Fischer من ٦٥ ، Bichmann من ١٥ ، Wiechell من ١٨ ، v. Brasch

(٥) من ٣١٦ : أحدهما يحتوي الآخر l'un contient l'autre ، من ٣١٧

l'acte substitué au premier était lui-même, implicitement contenu dans la déclaration

وقد أثرت وجهة النظر هذه إلى حد ما على الفقه المصرى (١) . أما نص المادة ١٤٤ من مجموعة القانون المصرى ، فهو عكس ذلك ضريح فى أن التوافق لا يتطلب الاحتواء بأى حال . ويقول النص العربى د باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، أما الترجمة الفرنسية الرسمية (٢) فتستعمل تعبير répondre à وهو يقابل بالألمانية entsprechen لا تعبير enthalten أى contenir .

أما مجموعة القانون المدنى الإيطالى فتتكلم فى الأخرى كذلك عن الاحتواء .
contengere .

أما القانون المحرى فهو يتكلم كالقانون الألمانى عن توافق Entsprechen .
٢ - وعلى نقيض وجهة النظر هذه ، فإن رأى فى الفقه والقضاء عامة ، هو أن التوافق Entsprechen لا يمكن أن يكون معناه الإحتواء Enthalten sein (٣) .

فالمادة ١٤٤ تتكلم عن « التوافق » ، لا عن « الإحتواء » . وهذا التعبير الحذر من جانب المشرع ليسهل تفرقة ، كانت طبيعة الأشياء تؤدى إليها على أى حال . فتمت فرق بين كل من الإصطلاحين إذ أن كل تعبير اصطلاحى له معنى معين يختلف . فاستعمال هذا التعبير غير المحدد ، يجب أن يمكن وأن يضمن مجالا أكثر حرية فى كشف وإيجاد التصرف الثانى . بل ولأنه لهذا السبب بالذات ، اختير هذا الاصطلاح غير المحدد لأول مرة فى الصيغة النهائية للمادة ١٤٠ . فالمشرع يريد بهذا التعبير أن يقول ، أن واقعة التصرف الباطل لا تشبه من كافة الوجوه ومن كل وجه واقعة التصرف المحول ، أى التصرف الذى

== وكذلك الترجمة الصادرة عن وزارة العدل الفرنسية من ١٥٨ l'acte était compris à l'état isolé dans la déclaration. Chacun des éléments ait dû Entsprechen se trouver contenu dans la déclaration.

معناه بالفرنسية Contenir لا Correspondre .

(١) كذلك بهجت بدوى من ٤١٠ ، أما السنهورى الصادر من ٥٠١ فأشد حذرا .
(٢) - ترجمة) وهى الترجمة الفرنسية للمشروع التمهيدى أيضا . مع مراعاة أن الجزء الخاص بالالتزامات من المشروع التمهيدى وضع فى الأصل هو ومذكرته الإيضاحية بالفرنسية ثم ترجم إلى العربية . فالتعبير الفرنسى ، فى هذه الحدود فقط ، يكشف عما كان فى ذهن الشارع عند وضع المشروع ، وربما عرضت أمامه صعوبة اختيار لفظ عربى مناسب ؛ ولكنه تجنب على أى حال التعبير الذى استعمله Saleilles .

(٣) Fischer - Henle المادة ١٤٠ .

يتحول إليه في النهاية على أساس المادة ١٤ ، حتى ولا أن يكون التصرف الآخر الصحيح متضمناً على وجه كامل في التصرف الباطل (١) . فالتوافق لا ينسحب على مضمون التصرف ، فلا حاجة إذن لأن يكون مضمون التصرف الجديد قد أعلن أو أريد ؛ وإلا انتبهنا إلى نتيجة هي أن يكون مضمون التصرف الجديد إما هو نفسه مضمون التصرف الباطل تماماً ، وإما أن يكون مجرد مضمون أقل محتوى فيه ؛ وهذا يجعل التحول نظاماً عديم القيمة . إذ بهذا يقتصر تطبيق التحول على حالات يكون وضع نص خاص لها غير لازم . ففي الحالة الأولى سوف يدور الأمر حول تفسير لا تحول . أما في الحالة الثانية فقد يكون النص الخاص بالتفسير . أو المادة ١٣٩ كافياً ، إن أن الأثر الأقل قد أعلن وأريد في نفس الوقت مع الأثر الأكبر ، وبهذا يكون نص المادة ١٤ ، قد كان زائداً عن الحاجة . وعلى هذا فإن التوافق ليس معناه احتواء عناصر التصرف الجديد في التصرف القديم ، وإنما معناه أن رابطة تقوم بين التصرفين يجب جعلها موضع الاعتبار وهي التي تحقق هذا التوافق .

لحين استبقت المحكمة العليا للدولة RG. (JW. 1910/467) سند دين أعطى على سبيل الهبة ، وكان باطلاً بسبب تخلف الشكل ، باعتباره إنشاء إيصاء ببعض المال Vermächtnis في وصية Testament ، فإن التزام الواهب بدفع مبلغ معين لمستلم سند الدين يكون قد أريد وأعلن ، وينشأ عن طريق التحول ، تكليف على عاتق ورثة الواهب ، وهذا باعتباره مضمون التصرف وبوصفه الأثر المراد ، لم يكن قد توقع إطلاقاً من قبل (٢) .

وبهذا فإن المادة ١٤ لا تتطلب بشرط التوافق وجوب أن تكون عناصر التصرف الثاني قد أعلنت أو أريدت في واقعة التصرف الباطل المقصود . فلا يتطلب على الإطلاق قيام ارتباط داخلي بين التصرفين .

(١) على أي حال فإنه عن طريق التفسير القنوي لكلمة التوافق Entsprechen وحده ، يتعذر إمكان إيجاد حد لجواز أو عدم جواز التحول .
(٢) فارتن Künzel س ١٩ .

وقد أخذت المحكمة العليا للدولة RG. (١) نفسها بهذا الرأى ، حين تطلبت أن « التصرف الباطل يجب أن يوافق المستلزمات Anforderungen التى يشترطها النظام القانونى فى تصرف من نفس النوع باعتباره كذلك . فهى لم تتطلب وجوب أن تكون هذه العناصر قد أعلنت فى التصرف الباطل .

الفصل الثانى عشر

العناصر Die Erfordernisse

إن العناصر التى يجب أن يوافقها التصرف الباطل هى ، كما قالت المحكمة العليا للدولة RG. فى الحكم المذكور أعلاه ، وكما هو مقرر عموما فى الفقه ، هى العناصر الموضوعية فقط ، أى العناصر الأساسية التى يتطلبها النظام القانونى باعتباره شروط صحة التصرف الثانى ، بصرف النظر عن وضع الحالة الفردية . ولا يجرى الكلام هنا عن كل العناصر الخارجية للتصرف الجديد ، وإنما يتطلب على وجه الإجماع positiv ، أن تتوافر واقعة التصرف الباطل تلك العناصر التى لو كان الإعلان والإرادة قد اتجها إلى صحة التصرف الجديد ومضمونه لا كسبائه الصحة القانونية الكاملة . وهذه هى أهلية الأداء ، وسلطة التصرف Verfügungsmacht والشكل المطلوب ، وتوافق إرادة الطرفين فيما يتعلق بالعقود . هذه العناصر يجب أن تتوافر كاملة فى التصرف الباطل وألا يمسخها سبب البطلان (٢) .

وعلى هذا فقد رفضت المحكمة العليا لبافاريا . OLG. 45/182 Bay. OLG تحول حق شفعة عيني باطل إلى حق شفعة شخصى للتأمين عن طريق التأشيرة ،

(١) RG Recht. 1908. Nr. 1944

(٢) ويلاحظ Voss (ص ٤٥) هنا ، أن الآثار القانونية للتصرف الباطل يفرض لو أنه كان صحيحا ، يجب أن تبدو بالنسبة للشخص الثالث الذى لم يشترك فى العقد تسكاد تكون هى ذاتها الآثار القانونية للتصرف المحول ، أو أن تكون شديدة الشبه بها .

والجائز في حد ذاته ، رفضته بحق لأنه في الحالة المعروضة ، كان حق الشفعة العيني قد أُنشئ لمصلحة من كان في ذلك الوقت مالكا لعقار آخر (م ١٠٩٤ ف ٢) ومثل هذا الاتفاق لا يمكن وقوعه بصدد حق شفعة شخصي (١).

كما رفضت المحكمة العليا للدولة (RG. 121 / 99) كذلك تحول عقد باطل طبقا للمادة ٢١٥ تجاري ، كان المساهمون قد وعدوا فيه بفوائد إلى قدر معين ، إلى عقد وارد على عقار ، لأن ذلك العقد لم يكن قد تضمن العناصر الأساسية اللازمة لعقد البيع ، ومن ثم لم يوافق عناصر عقد البيع .

وعلى أساس هذا المبدأ رفضت المحكمة العليا للدولة (RG. 70 / 353 التحول في القضية التالية : قيد مالك عقار لصالح دائن له دون تراض مع هذا ، رهنا غير حيازي Hypothek وذلك كي يضمن لنفسه اكتساب مال في ذمته Vermögenserwerb . وقد كان إنشاء الرهن هذا ، باطلا طبقا للمادة ٨٧٣ لعدم التراضى . وقد رفضت المحكمة العليا للدولة (RG. تحول هذا الرهن (غير الحيازي) الباطل إلى دين عقارى لصالح المالك بحجة صائبة ، هي أن التصرف لا يمكن إطلاقا أن ينشأ ، عند تخلف رهنا الدائن بإنشاء الرهن ، حتى وإن كان رهنا المالك بالتقيد صحيحا قانونا . فالدين العقارى لصالح المالك يجمد في الحقيقة سبب إنشائه ، في إنشاء رهن (غير حيازي) صحيح . ولهذا فإن إنشاء الرهن الباطل هنا ، لا يوافق عناصر الدين العقارى لصالح المالك (٢)

Eigentümergrundschild

وعلى كل حال ، يجب ألا تكون عناصر التصرف الجديد ، أشد من عناصر التصرف القديم . فمثلا فيما يتعلق بالشكل ، إذا كان التصرف الباطل يستلزم الشكل

(١) المقرر له الحق هنا ، لم يكن شخصا معيناً وإن صعد عقد لصالح شخص غير معين غير معروفة لقانون المداينات . من رأى آخر RO. 128/246 .

(٢) Schönwetter م ٢٢ يقر المحكم في هذا الخصوص . ضد المحكم Manigk Arch. س ٥٢١ ، Planck م ١٤٠ . وقد سميت المحكمة رفض التحول في هذا المحكم بحجة أخرى كذلك ، هي أن المادة ١٤٠ لا يمكن التوسع فيها بحيث يوجه إعلان إرادة نحو إنشاء حتى آخر لصالح شخص آخر . ولما يتعلق بهذا التسيب انظر فيما بعد .

الكتابي والتصرف الجديد يتطلب الشكل الرسمي فإن التحول يكون ممتعا (١) .
وإلى هذه النتيجة ينتهى Michaelis كذلك (٥٦٧) حين يتطلب ، أن يكون
المضمون الواقعي للتصرف الجديد ، قد وجد ، فى نقطه الجوهرية — لافى تكييفه
القانونى .. تعميما موضوعيا عنه فى التصرف الباطل ، حتى ولو أن الطرفين
ليسا بحاجة إلى أن يكونا فى الحالة الفردية ، قد فكرا فى تصرف من هذا النوع
وفى أثره القانونى . (٢)

وكخلاصة لذلك نستطيع القول ، بأن إعلان عناصر التصرف الجديد
فى التصرف القديم غير متطلب على الإطلاق .

ويقول Kuntzel (ص ١٩ — ٢٤) وجهة النظر هذه أيضا ، وإن كان
على أى حال يحتفظ ، فهو أنه مراعاة لمصلحة من يوجه إليه الإعلان (أو إذا
كان التصرف يسرى فى مواجهة شخص ثالث ، فمراعاة لمصلحة هذا الشخص)
وحماية المعاملات ، يمكن أن يتطلب إعلان مضمون التصرف فى مواجهته ،
أما إذا لم تقم هذه الحاجة ، فإن إعلان المضمون لا يكون على الإطلاق متطلبا (٣) .

(١) ولا تخاطب بهذه المسألة ، مسألة ما إذا كان التصرف الجديد يمكن أن يخرج فى آثاره
عن التصرف القديم ؟ إذ فى هذه الحالة يتوقف الأمر لا على التوافق وإنما على الإرادة الفرضية
للطرفين . فثلا ما إذا كان رهن الحق (الشخصى) يمكن أن يتحول إلى حوالة ، فإن ذلك
يتقرر تبعا لما إذا كان الطرفان فى ذلك الوقت وبما للظروف كانا يعقدان الحوالة . وعلى عكس
ذلك فإن تحول الإنابة التجارية إلى كبيالة يتعدد تبعا للنصوص التى تقر عناصر السكبيالة
وعناصر الإنابة . ولا كانت العناصر المطلوبة للسكبيالة أكبر من تلك المطلوبة فى الإنابة
التجارية ، فإن مثل هذا التحول يكون غير جائز ، حتى ولو أمكن فى واقعة الحال التسليم بأن
الطرفين كانا قد يربدان السكبيالة . قارن Schönwetter ص ٢٢ ، Finger ص ٧٢ .
(٢) Schönwetter ص ٢٠ ، ٢٢ ، ٢٣ ؛ Neumann فى J. Jahrb. 1924
م ١٤٠ البند ٢ ، Voss ص ٤٥ ، Kuntzel ص ١٩ ، Fischer ص ١٦ ، ١٧ ،
٦٥ ؛ Bichmann ص ١٥ ، ١٦ ، Finger ص ٧٢ ، Wiechell ص ٢٠ ، ٢١ .
v. Brasch ص ١٣٥ ، Michaelis ص ٥٦٧ ، Manigk. A. ص ٥٢٩ ، ٥٣٢ ،
Siller ص ١٦٥ .

(٣) ونقطة البدء عنده أن مضمون تصرف ما هو إعلان الفرض الاقتصادي أو الاجتماعى
أو أى غرض على آخر باعتباره قد أريد das Gewollterklären وليس إعلان غرض
قانونى . باعتباره مرادا . (وهذا هو تحديد Danz للمضمون: التفسير Auslegung ص ١٥) ،
وبهذا يظل من الممكن أن يكون مضمون التصرف معنا ، بينما أنه يكون طبقا للنظرية الأخرى =

ويعارض Wiechell (ص ٧٨) هذا الرأي ويعتقد أن إعلان الغرض العمل المراد ليس ضروريا بصدد الحاجة إلى حماية المعاملات التي يصادف التحقق منها صعوبات كبيرة جداً ، ويؤدي إلى قلقلة غير عادلة في نطاق التحول .

ويذكر Schönwetter (ص ٢١ ، ٢٢) معلقاً على هذا (رأى Küntzel) أنه لا يمكن أساساً استلزام قرابة داخلية بين التصرفين ، ويؤيد الفقه والقضاء الحديث هذا الرأي .

== (إعلان غرض قانوني باعتباره قد أريد) بصدد نفس الواقعة غير معلن . لهذا يتطالب أن تكون الآثار العملية للتصرف الجديد قد وجدت تسيراً عنها Zum Ausdruck kommen في التصرف الباطل ، ويعتقد أن هذا الإعلان ينتمي إلى عناصر التصرف . ففي التحول يقوم أثر التصرف الجديد على إرادة منشأة تصورية . والإعلان المتجه إلى الغرض المنصود بالتصرف الأول يوافق هذه الإرادة فقط ، إذا كانت آثار التصرف الجديد معادلة أو آثاراً أقل فقط . فإذا نشأ عن التصرف الجديد آثار أخرى ، فيقتل طريق واحد مفتوح وهو بناء الإرادة الفرضية دون إعلان عن طريق التصور (الإنشاء) . وهذا هو الوضع طبقاً لنظرية الإرادة الباطنة . أما طبقاً لنظرية الإعلان والتي تنسق في صموية مع نص المادة ١٤٠ ، فإنه إذا أريد تحقيق آثار تخرج عن آثار التصرف الأول ، فيجب البدء بإعادة تكوين الإعلان حتى يمكن الفصل على أساس هذه الإرادة الأخرى .

وهو يبرز استلزام هذا الإعلان بمقتضيات حماية التعامل والثقة التي بدونها لا يمكن أن تقوم حياة اقتصادية سليمة ، والتي لا تسكتفي ، حتى طبقاً لنظرية الإرادة الباطنة ، بالإرادة الباطنة . ولهذا تستلزم إعلان هذه الإرادة الباطنة . وإن رعاية من يوجه إليه الإعلان تقتضي أن يملن الأثر العمل المراد في مواجهته وعلى الأقل في الحدود التي تحس مصالحه .

ولكن في هذا يجد استلزام الإعلان حدوده إذ لا حاجة لأن يقدم الإعلان معلومات عن النقط التي اعتبرها الطرفان معاً غير جوهرية . وبزوال ضرورة حماية الثقة ، تتقهقر كذلك حدود استلزام الإعلان إلى حد كبير حتى تسقط نهائياً . وهو يقر رأى Fischer من أنه لا حاجة لوجود إعلان وارد على مضمون التصرف الجديد ، وإنما بالاستثناء الذي يتضمنه هذا التحفظ فقط . ويتطلب كمتأخر خارجي Typisch ، ميزة الشكل المطلوب قانوناً ، وفي التصرفات الصادرة من جانب واحد والتي لا تحتاج إلى استلام الإعلان على الأقل ، وفي التصرفات المحتاجة إلى استلام الإعلان إلى طرف آخر معين ، وفي العقود تراعى الطرفين . ثم أهلية الأداء . والسلطة في التصرف . أما مدى استلزام إعلان عن المضمون فيما عدا ذلك فيتجدد في كل حالة واقعة على حدة .

الفصل الثالث عشر

ضابط التوافق

إلا أن التصرفين يجب أن يكونا مربوطين برابطة مشتركة ما . وتوصف هذه الرابطة عادة بأنها رابطة الغرض المقصود أصلا . وقد ذكر البروتوكول (ص ٢٦٢) نفسه ، أنه فيما يتعلق باستيقاء التصرف المقبول (الجديد) يكون الفصيل هو الإرادة الموجهة إلى الغرض الاقتصادي *ökonomisch* ، . ويقر الفقه والقضاء وجهة النظر هذه . فالفصيل في ذلك إذن هو الغرض الاقتصادي الذي استهدف في التصرف الباطل . ولكن هذا الغرض لا يلزم في الحقيقة ، أن يكون مجرد غرض اقتصادي ، إذ يمكن أن يكونا غرضا اجتماعيا ، وفي قول أهم غرضا عمليا (١) .

وهذا هو ما يعنيه أيضا *Regeisberger* (٢) الذي يتطلب في الحقيقة كشرط للتحويل جميع عناصر تصرف مقارب ، ولكنه يدع ذلك جانبا حين يقرر : وعند الشك يجب الفصل بالاستيقاء ، إذا تحقق الغرض المعلن الذي قصده الطرفان بالتصرف الأول في جوهره عن طريق التصرف الثاني . فيجب افتراض أن العبرة لدى الطرفين هي بالغرض وليس بوسيلة معينة للغرض . بل إنهما يفضلان حتى ولو تحقيقا جزئيا لهذا الغرض عن عدم تحقيقه إطلاقا .

وليس من الضروري في ذلك ، أن يتحقق بالتصرف الثاني الغرض الذي قصد بالتصرف الأول كله ، اقتصاديا كان أو غير ذلك . فيمكن أن يتحقق ولو جزئيا فقط بل وحتى أن يتحقق شيء مشابه له فقط ، طالما أنه لا يمكن افتراض أن هذا لم يكن ليوافق لإرادة طرفي التصرف .

(١) فون Siller ص ٧٠ ،

(٢) Paudekt. ج ١ ص ٦٣٨ .

فالفرض العملي ، هو إذن المعيار الفاصل في التحول . فهو الجواب عن السؤال متى يتوافق التصرفان (١) .

ولكن التحول لا يمكن أن يؤدي إلى أن يحل محل التصرف الباطل تصرف آخر غير موافق ، لجرد أن الطرفين كان من المحتمل أن يبرماه (٢) . بل أكثر من ذلك فإنه يجب التحقق بدقة مما إذا كان التصرف الباطل يقدم النقط الجوهرية لذلك .

ويمكن التثبت من هذا ، في واقعة الحال فقط . وهذا فقط يصبح من الممكن لإحلال تصرف آخر بدلا من التصرف الباطل ، تشابه آثاره ، في أوسع مدى ، التصرف المقصود أصلا . ويجب في ذلك لحص إعلان التصرف في مجموعه . وفي هذا الفحص يجب ألا يسقط جزء من واقعة التصرف خارج نطاق البحث .

ولهذا يمكننا القول بأن التوافق بين العناصر والفرض في كل من الطرفين يلعب دوراً مزدوجاً في طريق التحول . فهما الدليل المرشد في هذا الطريق ، إذ يبينان موضوعياً objektiv إمكان تطبيق التحول . فهما من ناحية يمكنان القاضي من تطبيق التحول ، ولكنهما يقيدان كذلك تطبيق التحول ، إذ عندما يسقطان يظل كل إمكان لإجراء التحول خارجاً عن الاعتبار .

لقد بينا أي الفرض المقصود يمكن أن يكون عملياً أو اجتماعياً أو اقتصادياً ، ولقد جعلناه ضابطاً للتحول . ونعيد القول مرة أخرى ، أن الفرض بهذا المعنى هو الموجه لنا ونرفض وضع المسألة على أساس الفرض القانوني الذي نعتبره غير كاف (وقد سبق القول فيما تقدم ، أن غرض التصرف القانوني ليس هو الفرض القانوني فقط وإنما هو الفرض الاقتصادي أو العملي) .

وعلى أي حال فإن Stiller (ص ١٦٩) يعارض وجهة النظر هذه ويدافع عن الفرض القانوني باعتباره الرابطة المشتركة بين التصرف الباطل والتصرف الجديد ويرغم ، كنتيجة لرأيه هذا ، أن التصرفات لا يحل بعضها محل البعض من حيث

(١) فاردن Wiechell ص ٢٢ ، كذلك Bettl ص ٥٠٩ .

RAG. 7/31 = Arch. Respr. 31/105 (٢)

(٣) - ١١ تحول التصرف القانوني

التوع (١). ويسوق في هذا الصدد قوله: إن المهمة التي تنشأها المادة ١٤٠ ، هي أن يحل محل التصرف الباطل ، أى ذلك الذى استهدف به هذا الغرض القانوني ، تصرف يقاربه على قدر الإمكان . فإذا كان الغرض القانوني المقصود بالتصرف الباطل ، هو أساس لإجراء التحول ، لهذا يكون من الطبيعي أن يثور السؤال عما إذا كانت التصرفات التي لا يكون لها غرض قانوني خارج عن أثرها المباشر ، يمكن أن يحل بعضها محل بعض في معنى المادة ١٤٠ . ينفي هذا وينقذ لذلك عدة أحكام صادرة من المحكمة العليا للدولة .

ففي مثل الدوطة Mitgift ، تحول الوعد ، ولكن رابطة الغرض المشترك بين كل من الطرفين وجدت في مقابلة بين الملكية وحق الانتفاع : ولهذا قد يمكن الظن بأن التصرفات العينية dingliche قد يحل بعضها محل البعض الآخر عن طريق التحول ؛ وفي هذا المثل ، يتعرض هذا الزعم عند عنصر القيد في السجل العقاري . ولكن هذا العائق يسقط إذا تصورنا بدلا من العقار شيئا متقولا أو حقا شخصيا . أما أن تحول نقل الملكية الباطل إلى إنشاء حق انتفاع يكون ممتعا فيتضح فورا إذا وضع الإنسان النتائج واضحة تحت نظره ، من أنه طبقا لذلك يمكن قبا للظروف أن يحل حق الانتفاع بأثر عيني ومطلق محل تصرف نقل الملكية الباطل مباشرة . وهذا لا يتفق مع الاستقرار القانوني . فضلا عن هذا فتقوم على ذلك اعتراضات فقهية begrifflich أيضا . فمن البديهي أنه لا مكان لتحول حق عيني إلى حق آخر مباشرة ، إنما تحول فقط بل ولا يمكن أن تحول إلا تلك التصرفات التي من أثرها إنشاء الحق العيني أو تسام في تكوين واقعة إجمالية تؤدي مباشرة إلى إنشاء الحق العيني دون أن يكون لها فيما يجاوز ذلك غرض آخر . لهذا يجرى الكلام عن الطبيعة المجردة والشكلية للتصرفات (المتعلقة بالحقوق) العينية مختلفة الأنواع فيما يتعلق بتوافقها فيما بينها في العناصر : وصحة هذا في الحوالة ليست أقل من صحته في التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية . ولنفس هذا السبب أيضا فإن تحول رهن باطل (غير صحيح unwirksam) لحق إلى حوالة للحق (RG. 70/353) يكون بناء على هذا الأساس نفسه ممتعا كذلك .

(١ - ترجمة) أى يقصد أن التصرف الباطل لا يمكن أن يتحول إلى تصرف جديد من

نوع Typ مختلف من نوعه

فإذا كان التصرف التنفيذي العيني^(١) باطلا ، أما التصرف الاساسى صحيحا ، فلا مكان طبقا لهذا لآى تحول . فإذا تحول التصرف العيني ، فيكون هذا ليس له إذن سبب *cuasa* . أما تحول التصرف الاساسى فى نفس الوقت فينقصه شرط البطلان وهذا هو أحد الأسباب التى من أجلها لم يكن يمكن أن يصادف التحول فى حكم المحكمة العليا للدولة 108/146 RG. أى نجاح .

وقد سبق أن بينا أن اختلاف نوع التصرفات ، مهما كان كبيرا ، لا يعوق التحول ، لهذا يمكن مثلا أن يتحول تصرف عيني إلى تصرف منشيء لالتزام . وهذه هى وجهة نظر المحكمة العليا للدولة التى يعتبرها Siller غير صحيحة . وقد سبق أن ناقشنا فيها سبق مثل الدوطة وحوالة الحق . ولم يأت Siller هنا بجديد فى ذلك ، لهذا فإننا نتمسك برأينا ضد رأى Siller .

ثم ينقد Siller بعد ذلك حكم المحكمة العليا للدولة الذى يعالج القضية^(٢) التى كانت فيها حوالة رهن (غير حيازى) قيدى *Buchhypothek* باطلة ، لأنه كان فى الواقع رهنا (غير حيازى) سنديا *Briefhypothek* وكان باعتباره هذا قد أحيل فعلا ، ولكن نشأ عند ذلك حق للحيل ضد الحال الأول فى استرداد الحوالة *Rückübertragungsanspruch* . وقد أجازت المحكمة العليا للدولة RG. التحول ومقتضاه أن أمكن استبقاء الحوالة الباطلة باعتبارها حوالة لحق استرداد الحوالة إلى الحال الظنى *vermeintlich* لسند الرهن . فنحن هنا أمام تغير واقع على محل الحوالة ، أى يتجاوز تغير المضمون ، ويتعين النظر إليه باعتباره تغيرا فى النوع .

يعارض Siller هذا الحكم ويعترض عليه بأن هذا القول لا يمكن إطلاقا قبوله وإلا كانت النتيجة أن الحوالة الواردة على المحل الثانى واللاحقة لحوالة المحل الأول تذهب سدى بسبب التحول ، ثم يزعم أن نتيجة الحكم لا يمكن تبريرها إلا عن طريق التفسير . وتعليل ذلك يقول أنه يمكن بداهة التسليم بأن التصرفات العينية قابلة للتفسير ، وإن كان من الممكن أن تكون حدود التفسير بصدها ضيقة .

(١) - ترجمة) هو التصرف الذى يتم به إنشاء الحق العيني فعلا بعد الاتفاق على تقرير هذا الحق لأحد الطرفين فى التصرف المنشىء للالتزام . ومثله عمل التصرف *Verfügung* وعند التخلي *Auflassung* .

(٢) RG. "Recht." 1909. Nr. 3032

فإذا أحال شخص رهنه (غير حيازي) فإن الحوالة يمكن دون تردد تفسيرها بأن كافة الحقوق التي تتعلق بالرهن سواء كانت عينية أو شخصية من حيث النوع Art. ٢٦٥ تكون قد أحييت أيضا (١).

ولكن v. Brasch (٢) يحدد هذا الرأي متفقا ، فإن الرهن المطلق للرهن لا يتعارض أساسا مع حامل المصلحة الذي تتضمنه المادة ١٤٠ ، إذا نشأ عن ذلك تغير في الشيء الوارد عليه التصرف . ولا يكون هذا إطلاقا هو الوضع في حالة ما إذا دار الأمر حول معرفة أى الحقين المحالين إلى نفس الشخص ومن نفس النوع يمكن اعتباره قد أحيى حوالة صحيحة . فبدلا من الرهن (غير الحيازي) الذي كان قد أحيى في هذا المثل ، كان يمكن للطرفين أن يراضيا على جعل حق استعادة الحوالة محلا لعقدتهما . فإن الأثر القانوني للتصرف الثاني هو لا شك أثر آخر ، ولكنه أثر « موافق » ، وليس عامل المصلحة وحده هو الذي يميز هذا فقط ، وإنما تتوافر كذلك الشروط الموضوعية للتحويل . فاعتراض Siller إنما هو قياس كاذب في فقه المبادئ ein begrifflicher Trugschluss كما يتبين ذلك من التفسير القائم على أساس فقه المصلحة . وذلك أن الأمر هنا ليس أن محلين ينظر إليهما باعتبارهما منفصلين عن بعضهما وقد حولا في تصرفين مختلفين أحدهما مستقل عن الآخر ، وإنما أكثر من هذا فإن المحيل إنما يستطيع فقط أن يتصرف تصرفا صحيحا قانونا في ذلك الذي لم يكن قد حوله فعلا من قبل . لحوالة سند الرهن التي كانت تمت فعلا ، قد « ضيقت » إلى حق استعادة الحوالة ، فالمحيل لم يستغرق بعد التقدر الذي كان يمكنه فيه أن يتصرف . فالحق الباقي له في استعادة الحوالة أمكن لذلك أن يحال هو الآخر فيما بعد ، وبذلك فإن ما استخلصه Siller لا يمكن ، على الوجه الذي يجب أن يفهم به ، أن يعترض التحويل .

(١) ولنفس السبب كذلك ينقد أيضا الحكم RG. JW. 1915/656 الذي تقوم فيه الدارئة بالتفق عليها باعتبارها تسايما غير مباشر طبقا للمادة ٩٣٠ وبالمالة من الناحية الفنية begrifflich باعتبارها حلالة قانونية أخرى ويزعم أنه يقوم على تفسير . وينتمى إلى النتيجة : أنه طبقا لهذا الرأي (رأيه هو) تكون ثمة تصرفات أخرى كذلك لا يحل بعضها محل البعض من حيث النوع : وينتمى إلى ذلك أولا التصرفات المسماة بالتصرفات التابعة مثل الإنذار (النتية) وحق التسخ والإبطال ... الخ . وهنا يقر رأى المحكمة العليا للدولة في الحكم RG. 105/206 والذي وصف تحول إعلان فسخ بأنه غلط قانوني .

(٢) ص ١٣٠ وما بعدها .

فالواضح إذن ، بغير شك ، هو أن الغرض « العمل » هو الذي يجب إقامة الأمر على أساسه . وقد اتخذت المحكمة العليا للدولة (RG. JW. 1910/810) هذا الغرض العمل معيارا ، وصرحت بعكس رأى Siller تماما ، بالرغم من أن الأمر يدور حول عقد متعلق بالتزام بدلا من عقد متعلق بحق عيني ، فإن ذلك لا يكون محل نزاع ، إذ أن النتيجة العملية والغرض الاقتصادي يكاد يكون واحدا . كما أن محكمة الاستئناف (KG. OLG. 10/140) حكمت كذلك بتحويل تصرف إلى آخر ذي مضمون مختلف وآثار مختلفة ، كما أن المحكمة العليا للدولة (RG. JW. 1910/467) R.R. أجازت تحويل تصرف متعلق بالمداينات Schuldrecht إلى آخر متعلق بالمواريث .

فالمعيار الأساسي الذي يجب التمسك به هو أن العبرة بالغرض الاقتصادي والعمل لا بالقانوني (١) .

الفصل الرابع عشر

حالات الأثر الأقل والأثر الأكبر

أولا - الأثر الأقل Die Minuswirkung :

يزعم بعض الكتاب (٢) أن حالة مجرد الأثر الأقل ليست في حاجة إلى تحول ، أو إلى أنه لم تكن هناك حاجة إلى ذكر التحول بصفة خاصة في القانون ، لأن مجرد الأثر الأقل إنما يستتبع عن طريق المادة ١٣٩ . وفي هذا يذكر Fischer مثل الوعد بالهبة الوارد على ١٠٠٠ مارك والذي يتضمن وعدا مماثلا واقعا على

(١) فان Bichmann ص ١٦ ، v. Brasch. ص ١٣٥ والكتاب الآخرين .

(٢) Voss ص ٤٤ ، Rutenbeck ص ٢٧ ، Fischer ص ١٦ .

٥٠٠ مارك فقط . ففي ذلك تكفى هنا المادة ١٣٩ ، أما المادة ١٤٠ فيمكن بل يجب أن تظل خارج الاعتبار .

ولا شك أن هناك حالات يمكن فيها بداهة أن يتجزأ عمل تصرف Verfügung باطل في مجموعه إلى تصرفات كثيرة وتستبقى من ذلك الأجزاء الصحيحة فقط . فهنا تسرى بداهة المادة ١٣٩ طالما أن الإرادة الواقعة على الأكثر تتضمن الأقل . ولكن في الكثير الغالب ، يكتسب التصرف عن طريق الأثر الأقل طابعا قانونيا مختلفا ، ويكون من المتجاوز فيه جداً ، القول عموماً أن مثل هذا التصرف يكون دائماً هو نفس التصرف الأصلي ، أو أن المادة ١٣٩ كانت تكفى في هذه الحالة . فهنا يكون الأقل في الغالب شيئاً آخر aliud : الحق الحيز آثاره أقل من آثار عقد التوريث ، ومع ذلك فإن المادة ١٤٠ تنطبق بغير جدال . والتنبه غير المحدد المدة هو تصرف ، آخر ، في معنى السادة ١٤٠ غير التنبه بمدة المدة ، والتفويض الذى لا يمكن الرجوع فيه هو ، آخر ، غير الذى يمكن الرجوع فيه ، وتسرى المادة ١٤٠ هنا أيضاً ، لأن مجرد تغيير المضمون لا يعوق تطبيق التحول ، كما في الأحوال التى يتغير فيها طرف التصرف أو محله حيث يدور الأمر حول مجرد تغيير المضمون مع الإبقاء على صورة التصرف نفسها .

أما نحن فترى أنه يمكن القول ، أن التصرف الجديد غالباً ما يتج آثاراً أضعف من آثار التصرف المقصود أصلاً ، وهنا تنطبق المادة ١٤٠ بغير جدال . وحتى Fischer نفسه يقصر رأيه على التصرفات من جانب واحد ، إذ أنه يسلم أن مجرد الأثر الأقل يكون في العقود التبادلية شيئاً آخر « aliud » . وفي ذلك يسوق المثل التالى : استبقاء عقد بيع بثمن قدره ٥٠٠ مارك بدلاً من ١٠٠٠ مارك هو في الظاهر مجرد أقل ، إذ أن إعلان البائع أنه يبيع بألف مارك لا يتضمن بداهة الإعلان بأنه يبيع بخمسائه مارك . فلا يمكن في العقود التبادلية الكلام إطلاقاً عن استبقاء أقل Minus متضمن فعلاً في إعلانات الطرفين .

فنحن نرى لذلك ، أن وجهة النظر الأخرى التى لا تستبعد حالة الأثر الأقل من نطاق التحول هى الصحيحة ، طالما أن هذا الأقل هو في الواقع شيء آخر

ثانياً - الأثر الأكبر Die Mehrwirkung .

وإن يتغلق التحول كذلك إذا كان التصرف الثاني يخرج في آثاره عن التصرف الباطل . إلا أن التحول قد يتعر هنا على أى حال ، بسبب تخلف الإرادة الفرضية للطرفين ، فثلاً لا يمكن في واقعة الحال ، افتراض أن المدين كان يحمل نفسه بالالتزام أكبر ، إذا لم تقم دلائل جوهرية على ذلك .

ويبين Voss^(١) أن التصرف الجديد لا يمكن أن يكون ذا أثر أكبر من التصرف الباطل ، ويجب ألا يقف معه في صدد هذه العلاقة على قدم المساواة . فعقد التوريث الباطل يوافق تصرف الإرادة الأخيرة ، أو الكميالة الباطلة توافق سند الالتزام التجارى ، ولكن العكس غير صحيح لأن عقد التوريث يتضمن آثاراً أكثر من تصرف الإرادة الأخيرة ، وتتضمن الكميالة أثراً أكبر من أثر الإلزامات الناشئة عن سند الالتزام التجارى .

ولكن Voss يخطئ في ذلك حالة الأثر الأكبر بحالة العناصر الأكثر ، حقيقة أنه يجب ألا يتطلب التصرف الجديد عناصراً أكثر من التصرف الباطل ، ولكن لا يوجد أى قيد فيما يتعلق بالآثار . وفي المثل الذى قدمه يدور الأمر حول عناصر أكثر لأن الكميالة أو عقد التوريث تتطلب عناصراً أكبر من سند الدين التجارى أو تصرف الإرادة الأخيرة ، ولهذا يكون التحول بمتعة .

وفي هذا يجب مراعاة أن farkاً كبيراً يقوم بين حالة الأثر الأكبر وحالة العناصر الأكثر ، وأن كلتي الحالتين يجب عدم خلطهما بعضهما ببعض على أية حال .

وإنما يجب مراعاة أن عنصر الإرادة الفرضية يجب أن يكون متوافراً . فإذا رجعت الحقائق الواقعية هذا الافتراض ، فإن المادة ١٤٠ تكون منطبقة . لهذا فإن تحول صلح باطل وارد على ٢٠ متراً مربعا أرض بناء إلى صلح وارد على ٣٠ متراً مربعا عند توافر مقابل أعلى يكون جائزاً^(٢) كذلك يمكن استبقاء ومن حيابة باطل وارد على حق باعتباره حوالة الحق أو تفويضاً بالقبض ، والوصية الجماعية

(١) ص ٤٤ وما بعدها .

(٢) Fischer ص ٨٩ .

الصادرة من غير أحد الزوجين باعتبارها عقد توريث (١) وحق الشفعة العيني بشمن
محدد باعتباره تأشيرة بالتخل (٢) Auflassungsvormerkung .

الفصل الخامس عشر

عنصر الشكل

إن أحد عناصر التصرف الجديد التي يجب أن يوافقها التصرف الباطل هي
عنصر الشكل . فالشكل الواجب للتصرف الجديد يجب أن يوجد في واقعة
التصرف الباطل وإلا ظل التحول بسبب تخلف التوافق الموضوعي objektives
Entsprechen خارجاً عن الاعتبار (٣).

ولا نجد هذا الشرط واضحاً في المادة ١٤٠ من مجموعة القانون المدني الألماني
أو المادة ١٤٠١ من مجموعة القانون المدني المجري ، كما نجد في المادة ١٤٢٤
من مجموعة القانون المدني الإيطالي .

ولكن هذا مفهوم على أي حال من شرط التوافق، إذ أنه إذا لم يتوافر عنصر
الشكل اللازم للتصرف الثاني في واقعة التصرف الباطل المقصود ، فلا يوافق
التصرف الباطل عناصر التصرف الجديد، ولا مجال إذن للمادة ١٤٠ . فالتصرف
الجديد لا يكتسب الصحة إذا تخلف الشكل اللازم لذلك . لهذا لم يكن من اللازم
ذكر هذا الشرط بصفة خاصة في المواد ١٤٠، ١٤٠١، ١٤٤ من مجموعات

(١) فارن Siber في RG. Festschr. III، ص ٣٨، OLG. Darmstadt، منشور
في Hess. Rechtspr. 1914/211 ، ونسب لأسباب واقعية فقط في KG. OLG. 30/19
(٢) RG. Seuff. A. 77. Nr. 142 ، فارن Finger في Fischer ، ص ٦٧

ص ٨٩ ، Schönwetter ، ص ٢٩ ، Oertmann ، ص ١٤٠

(٣) Enneccerus في ٨٧٣ ، Fischer-Henle ، ص ١٤٠

القانون المدني الألماني والمجرى والمصرى ، إذ أنه مقرر ضمنا في التوافق .

لهذا فإن عنصر الشكل ليس في الحقيقة إضافة إلى العناصر الموضوعية ، وإنما هو شرط لصحة التصرف الجديد في الأحوال التي يحتاج فيها التصرف الجديد إليه . (١)

لهذا فإن ما أشار إليه الأستاذ سليمان مرقس من تحول لإنشاء الرهن الرسمي الباطل من حيث الشكل إلى وعد بإنشاء رهن رسمي غير جائز ، لأن هذا (الوعد) يحتاج طبقا للمادة ١٠١ من مجموعة القانون المدني المصرى إلى نفس الشكل المطلوب في التصرف الموعود (٢) .

وعلى عكس ذلك ، فالأمر لا يحتاج إلى أن نبين أن التصرف الباطل ، إذا كان شكليا ، يمكن أن يتحول إلى تصرف موافق غير شكلي ، إذ هنا لا يحتاج التصرف الجديد إلى شكل خاص . ونحن نعالج هنا فقط الحالة التي يكون فيها التصرف الجديد تصرفا شكليا .

وحينئذ يعرضنا السؤال ، هل يمكن أن يتحول التصرف المقصود إذا كان شكليا إلى تصرف « آخر » شكلي هو الآخر ؟

فقد يمكن الاعتراض بأنه لا يكفي للوفاء بالشكل اللازم لتصرف معين ، أن يكون الطرف في التصرف قد استوفى نفس الشكل (أو على وجه مقارب بعض الشيء) في تصرف مختلف تماما يلزمه بطريقة مشابهة فقط أو ليست أشد . فتشدد الشكل لا تدفع مكانا لآى علاج . (٣)

وعلى قبيض هذا الرأى ، أجابت المحكمة العليا للدولة RG بالإيجاب على هذا السؤال ، ورأت جواز تحول تصرف شكلي إلى تصرف شكلي آخر ، وقد عالج

(١) Brasch v. ١٤٠ .

(٢) الدكتور سليمان مرقس . التأمينات العينية بند ٤٣ . وفارن الدكتور شفيق شحاتة ، التأمينات العينية ص ٨٠ . وفارن في القانون الإيطالى المادة ١٣٥١ التي تبطل العقد الابتدائى الذى لا يقع فى الشكل المطلوب فى العقد النهائى . ويعلق عليها Bertz ص ٥١٠ بأنها تستلزم تحول العقد النهائى الباطل لتخلف الشكل . اللازم إلى عقد ابتدائى ، مثلا بيع العقار الذى لم يتم فى الشكل المطلوب لا يجعله إلى وعد بالبيع .

(٣) فارن Brasch v. ١١٩ . شكك فى ذلك Oertmann ص ٥١٣ .

الحكم^(١) القضية التالية ، كان الطرفان قد أرادا بإنشاء حق قرار ورأى إنشاء حق مزارعة ورأى في الحقيقة ، وهو ما لا يميزه القانون . وقد حولت المحكمة العليا للدولة هذا العقد إلى عقد مزارعة منشىء لإلتزامات لمدة تزيد على سنة طبقا للمادة ٥٦٦ التى تتطلب الشكل الكتابى ، فنصرت الشكل هذا كان قد استوفى خلال الشكل الرسمى اللازم لإنشاء حق القرار الورأى .

ويشك Siller^(٢) فيما إذا كان غرض المادة ٥٦٦ وهو أن يضمن للخلفاء للقانونيين للمؤجر والمالك علما كافيا بحقوقه والتزاماته ، يمكن أن يتحقق عن طريق عقد ، هو كما يستخلص من صريح مضمونه عقد إنشاء ، حق قرار ورأى ، ولكنه يقر الحكم ؛ إذ ثبت أن جميع النقط الجوهرية لعقد المزارعة كانت قد نظمت في العقد الأسمى .

ويكون التحول كذلك جائزا ، إذا كان التصرف الأول باطلا لعبب الشكل نفسه . لهذا رأت المحكمة العليا للدولة RG. (٣) أن العقد الباطل شكلا طبقا للمادة ٣١١ يمكن استبقاؤه طبقا للمادة ١٤٠ ، وذلك بتجزئته إلى عقود منشئة لإلتزامات بصدد هذه الأجزاء ، ولا تحتاج باعتبارها كذلك إلى الشكل ، ترد على الأشياء المنفردة الوارد عليها العقد .

ثم يقيم Siller هنا تحفظا مقتضاه أن ثمة نصوصا أخرى متعلقة بالشكل وخاصة فيما يتعلق بالعقارات ، يكون الغرض منها إنشاء مستندات توثيقية وهى بهذا تخلف الاستقرار القانونى ؛ ولهذا فإنها تتطلب مراعاة شديدة لها . فإذا كان إعلان إرادة طبقا لهذه النصوص باطلا ، وآخر صحيحا ، كان يمكن ، لو كانا خالين عن قيد الشكل ، أن يحل أحدهما فى ذاته محل الآخر ، ولكنهما كانا مقيدين بالشكل فيجب أن يكون تحول التصرف الباطل إلى التصرف الآخر غير ممكن . فالشكل الرسمى للرضا بقيد الرهن (غير الحيازى) والتصديق عليه لا يستوفى إذن عنصر الشكل اللازم لتقيد دين عقارى .

• RG. Warn. 28, Nr. 120 (١)

• (٢) س ١٧٦ -

• RG. 76/1 (٣)

أما في رأى v. Brasch فيكون إجراء التحول حتى في مثل هذه الأحوال جائزا أيضا . فالنص الذى يتطلب الشكل الكتابي للإلزام الطرفين ويكون هذا كافيا فيه ، يكون كذلك قد استوفى تماما طبقا لمضمون المصلحة فيه ، إذا كان الطرفان قد أخضعا أنفسهما — في الشكل الرسمى ، أى شكل أكثر شدة — لالتزامات أوسع مدى من حيث المضمون . وإن مراعاة المصلحة هذه فيما يتعلق بالشكل لا يعنى إحلال المصلحة محل الشكل ، وهذا يختلف أيضا عن التحايل على أوامر القانون التى تحاول المحافظة على الشكل نفسه بأن تظهر المصالح العامة أو الخاصة التى تؤدى إلى الإلزام بالشكل كما لو كانت قد حمت حماية كافية . فالشكل باعتباره نتيجة لتقدير من المشرع لا يمكن إبداله من هذا الطريق ، فهو يجب لذلك ، حتى من وجهة نظر فقه المصلحة ، أن يكون قد استوفى أيضا عند التحول (١) .

وإن تحول التصرفات الباطلة شكلا يترتب أيضا ، كما قال Finger (ص ٧٨) بحق ، بأن كل نص خاص بالشكل إنما يعنى تضييقا للتعامل ، وأن نشر تصرف ، خال في ذاته من العيب ، لمجرد أسباب شكلية هو غير عادل دائما . أما اعتراض Schönwetter (ص ٣٩) بأن نص المادة ١٤٠ لا يجب أن يؤدى إلى التحايل علىصوص الشكل التى نشأت عن أسباب متعلقة بالسياسة التشريعية فيؤدى (النص) عن هذا الطريق ، إلى تحقيق غرض كان لا يمكن أن يتحقق إلا بمراعاة نص الشكل (٢) ، هذا الاعتراض لا يمكن اتباعه .

فإنه لا يقع في ذهن الشارع ، وهو ما عبر عنه Finger (ص ٧٩) بوضوح ، أن يغلط على الطرفين ، بنص الشكل كل طريق آخر لتحقيق الغرض المقصود كذلك . فالمادة ١٤٠ إنما تفتح للتعاقدين مثل هذا الطريق الآخر بالذات (٣) . وقد تبعت المحكمة العليا للدولة R.G. ، في قضاء مستمر وجهة النظر هذه (٤) .

(١) v. Brasch ص ١٣٦ — ١٤٠ .

(٢) كذلك أيضا Klausning في JW. 1930/3761 و Weil ، ص ٧٠ وما بعدها .

(٣) كذلك أيضا Obernesk ملحوظة في JW. 1927/2127 و Betti ، ص ٥١١ .

(٤) 82/277 ؛ 76/1 R.G. متعلقا بنص الشكل في المادة ٣١١ ، R.G.D.J.Z. .

1909/321 متعلقا بالشكل المطلوب في المادة ١٣ ، وكذلك 87/207 ؛ 110/391 R.G. التى تجرم المادة ١٦٢٤ من الشكل المطلوب في المادة ٥١٨ . ولكن ليس من الشكل اللازم في المادة ٣١٣ .

لهذا يمكن استبقاء كفاية باطلة شكلا طبقا للمادة ٧٦٦ باعتبارها أمرا بالضيان
Kreditauftrag أو اشتراكا في الدين (Schuldbeitritt) (١)

فإذا كان رهن (حيازة) حق رهن (غير حيازي) أو دين عقارى باطلا لعدم
مراعاة نص المادة ١٢١٤ ، ١١٥٤ ف ١ ، ولكن كان تسليم سند الرهن
(غير الحيازي) أو الدين العقارى قد تم ، فإنه يمكن استبقاء إنشاء الرهن
(الحيازي) الباطل شكلا ، باعتباره إنشاء حق حبس على السند (٢) .

وكذلك أيضا فإن تحول الوصية الرسمية الباطلة بسبب تخلف السند الرسمي
في إنشائها إلى وصية يدوية (مخط يد المتوفى) جائز ، إذا كان المهرر الصادر
عن المورث (م ٢٢٣٨) مستوفيا لعناصر المادة ٢٢٣١ ف ٢ (٣)

ويمكن أيضا ، تبعاً لرأى الكتاب المصريين ، أن يتحول عقد البيع — وهو
لا يلزم فيه الشكل الرسمي — الباطل لتفاهة الثمن ، ولكنه استوفى الصورة

(١-ترجمة) للدخول في الدين وتسمى كذلك die kumulative Schuldübernahme أى تحمل الدين من أكثر من شخص واحد وتسمى أيضا Schuldmitübernahme أى الاشتراك في حوالة الدين ، وهى أن يدخل شخص آخر إلى جانب المدين في الدين لا باعتباره مدينا احتياطيا وإنما باعتباره مدينا أصليا . فهو يختلف عن حوالة الدين في أن المدين الأصلي لا يرتفع عنه عبء الدين إطلاقا بل يظل مدينا ومستولا بكل الدين . ويختلف عن السكفالة في أن مسئولية المتدخل ليست تبعية وإنما هى مسئولية أصلية فهى إشراك شخص آخر مع المدين الأصلي في حمل عبء الدين فيسكون كل منهما مدينا مستولا أصليا عن الدين كله .

(٢) قان ٥١/٤٦ : RG. 51/174 ؛ JW. 1928/174 ؛ RG. 63/230 ، استبقاء حوالة على يياض باطلة وإرادة على رهن (غير حيازي) باعتبارها رهنا (حيازي) لحق الرهن (غير الحيازي) أو إنشاء حق حبس على سند ، وفيما يتعلق بالدين العقارى الأحكام التالية :

RG. 66/24 ؛ 68/368 ؛ RO. 124 ؛ 140/320 ؛ RG. 104/122 ؛ OLG, Braunschweig ؛ ١٧٦ وما بعدها ، Siller من ١٧٦ وما بعدها ، Weil من ٦٩ ؛ v. Brasch من ١٢٩ وما بعدها ، Schönwetter من ٣٩ ؛ Finger من ٧٨ وما بعدها ، Mosco من ٣١٩ ؛ Satta .

وتسمى م ٢٢٣٢ تنشأ الرصية في الشكل المادى وذلك إما : (١) أمام القاضى أو الموقى
(٢) بإعلان مكتوب وموقع عليه من المتوفى بخط يده مع بيان السكان واليوم ، م ٢٢٣٨ ؛
تنشأ الرصية بأن يعلن الموصى إلى القاضى أو الموقى إرادته الأخيرة شفاهاً أو يقام إليه مهرراً
مصحوباً بالإعلان الشفوى أن المهرر يتضمن إرادته الأخيرة . ويمكن أن يقدم المهرر مفتوحاً
أو مغلقاً ويجوز أن يكون مكتوباً بخط يد الموصى أو بخط يد شخص آخر .

الرسمية مصادقة ، إلى عقد هبة وهو يستلزم الشكل الرسمي (١) .
وخلاصة لهذا يمكننا تقرير النتيجة التالية : إن الشكل اللازم للتصرف الجديد ،
يجب أن يكون متضمنا في واقعة التصرف الباطل . ويكون التحول جائزا كذلك
حتى وإن كان التصرف المقصود باطلا بسبب الشكل نفسه ، كما أن التصرف الباطل
شكلا يمكن أن يتحول كذلك إلى تصرف شكلي آخر .

الفصل السادس عشر

التحول مع تغير الشخص

والاختلاف بين التصرف المقصود والباطل وبين التصرف الجديد قد يقوم
أيضا على تغير في طرف الحق ، فثلا عقد بين أ ، ب يتحول إلى عقد بين أ ، ج .
لهذا يمكن أن يتحول الإعطاء المتضمن في إرادة أخيرة (2) letztwillige
Zuwendung الصادر إلى اتحاد أو مجموعة أموال قائمة على جمع أنصبة ،
وفائدة أهلية الأداء ، والباطل لأن هذه (الاتحاد أو الذمة) لا تملك الشخصية
القانونية ، إلى عمل إعطاء صادر إلى أفراد الأعضاء (في الاتحاد) أو المشرف
(في مجموعة الأموال) مصحوبا بتكليف بضم الأشياء المعطاة إلى الذمة الخاصة
(المستقلة عن ذمة الأعضاء أو المشرف) (3) .

(١) بهجت بدوى ص ٤٢٨ ، السنهوري : المصادر ص ٥٠٠ ، شفيق شحاتة :
الالتزامات ص ٨٧ .

(٢) المقصود بالإعطاء هنا هو المعنى المادى der Sache أى سواء بمقابل أو بغير مقابل ، أى
إخراج قيمة مالية أو شيء من ذمة المعطى وتوجيهه إلى ذمة المعطى لايه وإدخاله فيها . والمعنى
القانونى لمصير Zuwendung هو التوجيه إلى : وقد ترجمها الدكتور محمود أبو عافية في
التصرف المحرر بالقرار في الذمة . ونحن نقضل هنا تعبير الإعطاء على أن يفهم بالمعنى الموضح هنا .

(٣) Oertmann م ٥٤ ، ١٤٠ ، عكس ذلك P. Meyer. Erbrecht بند ١٣٠ ،
Staudinger م ٢٠٦٥ ، v. Tuhr م ١٧٧ ، RGR. Komm. م ٥٧٧ ، وبنا
لهؤلاء يدور الأمر حول تفسير لا تحول .

ومن الممكن كذلك اعتبار أن الورثة أو المستفيد من إيصاء ببعض المال Vermächtnis يتحملون هذا التكليف أيضا (١).

ولكن المحكمة العليا للدولة (٢) قضت على عكس ذلك بعدم جواز التحول في مثل هذه الأحوال ، إن المادة ١٤٠ لا يمكن تفسيرها بحيث يوجه إعلان الإرادة إلى إنشاء حق لشخص آخر باعتباره كان قد أريد أصلا ، وكان الأب قد فسد لصالح أبنائه القصر وهنا (غير حيازي) بقصد أن يكتسب هو بذلك دين المالك العقاري ، وكان في الحقيقة قد أراد إنشاء تأمين عقارى لنفسه .

ولا يمكن إقرار هذا الحكم فيما يتعلق بأسبابه . أما نتيجته فيتمين إقرارها لأن العنصر الذاتي للتحويل قد تخلف ، وهذا ما لم يشر إليه الحكم . والحكم يكاد يكون متقدماً من جميع الكتاب . فهم جميعاً يقرون جواز التحول مع تغير الشخص (٣).

وفي نفس الاتجاه يقع كذلك حكم المحكمة العليا للدولة (٤) ، في القضية التالية : كان الأمر يدور حول أعمال الحق في حصة امتياز (حصة تأسيس) تهرت عند إنشاء الشركة لأحد المؤسسين وظل معترفاً بها عملاً لمدة ٢٥ سنة ، وإن كان قد أغفل النص عليه في النظام الاساسى للشركة . وقد رفضت المحكمة العليا (٥) أسباب الحكم تحول هذا العقد المتعلق بالشركة وغير الصحيح إلى مجرد عقد منتهى لالتزامات وإن كان الغرض الناشئ الدعوى عن امتياز يمكن تحقيقه اقتصادياً عن طريق عقد منتهى لالتزامات له نفس المضمون بينه وبين المدعى عليه ، إلا أن التحول يكون منغلطاً لأنه يستحيل في نفسه المبادىء

(١) Finger. ٩٤ من ٦٧ ، Oertmann ، أعلاه ، Strohal. Erbr. ١٤١ بند ٢٤١ ، Kipp ، ٢٤١ بند ١ ، Biermann ، ٦٧ من RGR. Komm. ، ٢٤١ بند ٩٤٢ ، Staudinger .
(٢) RG. 70/352 بقره Warneyer من ٢٥٦ — مع إشارة إلى : Savigny System ٣ من ١٤٤ ، Planck ٣ من ٣٧٣ .
(٣) Fischer ٧٧ من ١٣٥ ، v. Brasch ، ١٣٥ من ١٣٠ ، Manigk ، ١٣٠ من ١٣٠ ، Michaelis ١٣٠ من ١٣٠ ، Schönwetter ٢٨ من ١٤٠ ، Fischer-Henle ١٤٠ من ٦٧ ، Finger ٦٧ من ٦٧ .
(٤) RG. 105/132 (٤)

begrifflich لإحلال حق ناشئ من عقد بين المدعي والشركة محل الحق المتراضى عليه بين مؤسسى الشركة والباطل شكلا .

ويلاحظ v. Brasch (١) على ذلك ، أن الفرض العملى المراد فى التصرف الأصيل ، وهو الحق الناشئ عن حصة امتياز المؤسس ، يمكن استبناؤه بكامل مداه وبين نفس المتعاقدين وذلك عن الطريق القانونى الآخر الخاص بالعقد الملتئى للالتزامات ، وبذلك تكون العبرة دائماً عند التساؤل عما إذا كان التصرف الجديد يوافق الأول . فتغير الصورة القانونية للتصرف فيما يتعلق بمبرميه لا يمكن أن يعوق طريق التحول .

وقد أقرت المحكمة العليا للدولة نفسها جواز التحول مع تغير الشخص : « اتفق أب مع أولاده ، من زواجين مختلفين ، فى عقد رسمى على أن تظل تركة زوجته المتوفيتين قبله غير مقسمة حتى وفاته . أما بعد وفاته فتؤول كما تقول تركته هو إلى جميع الأولاد على وجه التساوى ، وكان العقد باطلا باعتباريه عقد توريث لعدم مراعاة المادتين ٢٢٧٩ ، ٢٢٢٣ ؛ وأما الفرض فلم يكن يمكن تحقيقه حتى ولو جزئيا على الأقل عن طريق عقد توريث ، لأن تركة الزوجة الثانية كان قد آل جزء منها إلى أبنائها فعلا من قبل . فإذا كان الهدف المقصود وهو مراعاة التقسيم بين جميع الأبناء على وجه التساوى لا يمكن تحقيقه عن هذا الطريق ، فقد كان من الممكن — إلى جانب اتفاق الأبناء فيما بينهم على توزيع عناصر الذمة التى لا تنتمى إلى تركة أبيهم بالتساوى — اتفاقهم كذلك على نفس التوزيع بالنسبة لتركة أبيهم (٣١٢ م ف ٢) إذ أن الشكل الرسمى المطلوب فى المادة ٣١٢ ف ٢ كان مكفولا ، وقد استبقت المحكمة العليا للدولة RG عقد التوريث الباطل باعتباره عقدا بين الأبناء باعتبارهم الورثة الشرعيين المستقبليين (٢) فالحكم يأخذ إذن بوجهة نظر مقتضاها أن يكون التحول كذلك ممكنا ، وإذا ما نشأ حق آخر لشخص آخر ، فإذا أمكن فى واقعة الحال تحقيق الفرض المقصود عن طريق عقد ، يختلف عن الأول اختلافا كبيرا لدرجة أنه ينشئ حقا آخر

(١) م ١٣٥ وما بعدها .

(٢) عقد وارد على ميراث الغير .

لشخص آخر ، فإن التحول يكون جائزا كذلك^(٢).

وبهذا نكون المحكمة العليا للدولة R.G. قد أقرت إذن جواز التحول مع تغيير الشخص ، ولا يعترض نص المادة ١٤٠ هذا الرأي ؛ إذ أن التصرف الجديد هو كذلك تصرف آخر غير التصرف المراد أصلا . فإذ لم تعترض ذلك الشروط الأخرى للمادة ١٤٠ وخاصة الإرادة القرضية ، فإن التحول يكون في هذه الأحوال منطبقا كذلك .

الفصل السابع عشر

صحة التصرف الجديد

إن التصرف الجديد يجب أن يكون كامل الوجود أى يجب أن يتضمن كل شروط الصحة العامة (مثل أهلية الأداء) وللخاصة ، وإنما تنقصه بضرورة الحال الإرادة الموجهة إليه .

فالتصرف الجديد يجب ألا يكون باطلا ، ويجب كذلك ألا يصيبه نفس سبب البطلان الذى أصاب التصرف الأول ، وإلا كانت عناصره غير قائمة . فمثلا إذا أبرم قاصر لم يستكمل سن السادسة عشرة من عمره عقد توريث ، فلا يمكن أن يكون للتحول مكان ، إذ أن أهلية الإيصاء الواجبة في هذه الحالة طبقا للمادة ٢٢٢٩ ف٢ تكون غير موجودة أى أن شروط التصرف الجديد غير موجودة كذلك .

ولكن لا يؤثر ، من ناحية أخرى ، على تطبيق التحول ، أن يكون عدم أهلية المتعاقد لإنشاء التصرف الآخر ، مثلا بسبب فقد أهلية الأداء ، قد وقع بعد

(١) فون Schönwetter ص ٢٨ ، Finger ص ٦٧ ، v. Brasch ص ١٢٠ .

لإبرام التصرف المقصود إذ أن التصرف الآخر يصبح من باديء الأمر ، باعتبار أنه أبرم مع التصرف الأصلي الباطل (١) .

وقد قضت المحكمة العليا للعمل (R.A.G.7/31) بأن سبب البطلان يجب ألا يصيب التصرف الآخر : وقد كان المدعى يشتغل لدى المدعى عليها معلما ، وطبقا للمادة ٦ من عقد التعليم المبرم وفقا للقانون ، كان يمكن فسخ علاقة التعليم إذا قام سبب قانوني للفسخ فقط طبقا للمادة ١٢٧ ب ، هـ مرتبطة بالمواد ١٢٣ ، ١٤٤ من قانون نظام المهن Gew. O. أو إذا كانت المدعى عليها قد أرغمت على إيقاف العمل كليا أو جزئيا . وفي حالة إنهاء العقد قبل موعده المحدد فإن المعلم يفقد كافة حقوقه . وقد أوقفت المدعى عليها نشاطها بموافقة رئيس الحكومة (المحلية) وأعلنت فسخ علاقة التعليم . ولما كان سبب الفسخ الخاص المتفق عليه في عقد التعليم لم يرد في لائحة العمل الملزمة في مؤسسة المدعى عليها ، فإن هذا الاتفاق يكون قد خالف أمرا قانونيا ومن ثم باطلا . ولكن محكمة العمل بهالة LAO- Halle رأت تحول هذا الاتفاق الباطل إلى اتفاق على تحمل التبعة في حالة وقف نشاط المؤسسة . ولكن المحكمة العليا للعمل RAG قضت بحق بأن مثل هذا الاتفاق يكون كذلك طالما أنه يؤدي إلى إنها . علاقة التعليم مع استبعاد كل مسئولية على المدعى عليها ، يجب اعتباره باطلا أيضا . إذ أن نتيجة كل من الاتفاقين ، وهي فقدان المدعى كافة حقوقه ، واحدة . فإذا كانت مثل هذه النتيجة لا يمكن تحقيقها طبقا لصريح نص المادة ١٣٤ هـ . من قانون نظام المهن Gew. O. فلا يمكن إجازتها عن طريق مثل هذا التحايل ، ولهذا كان التحول منطلقا (٢) .

ولكن هل يعني شرط صحة التصرف الجديد ، أنه يجب أن يكون مكتمل الصحة ؟ .

إن عبارة "so gilt das letztere" قد يمكن تفسيرها بحيث يجب أن يكون التصرف الثاني مكتمل الصحة . ولكنها لا تستتبع إطلاقا هذا المعنى . ففرض المادة ١٤ هو إقازا التصرفات المصية من مصاد عدم الصحة الكاملة .

(١) فارتن Schönwetter من ٢٣ ، Siller من ١٧٨ ، Rutenbeck من ٤٢ ،

Weil من ٧٠ ، Finger من ٦٩ ، Brach من ١٢١ .

(٢) Schönwetter من ٢٣ .

ولا يتحقق هذا الغرض على وجه مباشر دائما . فكل إمكانية تؤدي إلى الهدف، يمكن ويجب أن تستغل . لهذا فلا يمكن أن يقوم في شأن المادة ١٤٠ التي قامت على أساس حاجة المعاملات ، أى فرق بين ما إذا كان التصرف الجديد مكتمل الصحة من بادية الأمر أو إذا كان لم يستوف في تلك اللحظة كافة شروط الصحة ، ولكن كان تحقيقها متوقفا أو على الأقل محتملا . فن الأفضل بلا شك ، للطرفين اللذين وثقا في قيام واقعة التصرف قانونا ، أن يكون تحقيق الغرض المقصود محتملا من ألا يحقق أى شئ (١) .

لهذا يمكننا القول أن التصرف الجديد « يصح » في الحدود التي يكتسب فيها الصحة طبقا للنظام القانوني . ولكن نفس هدف المادة ١٤٠ ، الذي يؤدي إلى هذه النتيجة ، يجبر فقط كنتيجة للتحويل ، تلك التصرفات التي تكون أقل تعميما من التصرف المراد أصلا ، إذ أن هذا إنما أريد باعتباره صحيحا (٢) .

ونقر المحكمة العليا للدولة RG. 129/122 وجهة النظر هذه : كان أ ، ب قد أصبحا وارثين لاختيمهما - الذي كانت ثروته تتكون بصفة أساسية من عقار . فأبرما عقدا رسميا باع فيه أ نصيبه في الميراث إلى ب (م ٢٣٧١ ، ١٩٢٢) (٣) . وكان هذا العقد باطلا بسبب عدم صحة توثيق ثمن الشراء (م ١١٧) . ونقول المحكمة العليا أن العقد لا يمكن أن يصبح صحيحا ولا بانتقال عيني للصحة في الإرث (م ٢٠٢٣) . وأن تطبيق المادة ٣١٣ ف ٢ على سبيل القياس لا يمكن أن يكون محل كلام . وقد استبقت المحكمة العليا هذا العقد طبقا للمادة ١٤٠ إلى عقد تصفية الإرث (م ٢٠٤٢) (٤) إذ أن غرض العقد الأول بين أ و ب كان هو الوصول إلى تصفية تركه ج . وهذا الغرض يمكن تحقيقه على وجه مماثل خلال عقد طبقا للمادة ٢٠٤٢ لو علما ب إعلان بيع الإرث . إلا أن العقد كان على أى حال يتطلب الشكل المنصوص عليه في المادة ٣١٣ (التوثيق الباطل من الشراء جوهرى بالنسبة للبادة ٣١٣ - حكم المحكمة العليا للدولة RG. 104/269 ولكن يصحح

(١) Finger ص ٦٩ .

(٢) كذلك v. Brasch ص ١٢١ .

(٣) - ترجمة) م ٢٣٧١ العقد الذي يبيع الوارث بمقتضاء ما آل إليه من التركة يتطلب الشكل الرسمي أمام القاضي أو الموثق .

(٤) - ترجمة) م ٢٠٤٢ يستطيع كل وارث في أى وقت أن يطلب تصفية التركة ...

عيب الشكل هنا عن طريق المادة ٣١٣ ف ٢) . أما تعرف التخلي **Auflassung** اللازم فكان قد أعلن فعلا ، وكان يتطلب فقط القيد عن طريق قاضي السجل العقاري . وبمراجعة أن هذا القيد كان قد طلب وأجيب فعلا ، ولهذا كان سيقع حثا دون شك أقرت المحكمة العليا للدولة **RG** إمكان التحول .

ففي هذه الحالة يتحول بيع التركة الباطل بسبب عيب الشكل إلى عقد تصفية مبررات، وهو في بادئ الأمر باطل ولكن «قابل للتصحيح»، إذ بذلك الطريق يمكن تحقيق الغرض المطلوب على نفس الوجه. وقد أخذت المحكمة العليا للدولة RG. بوجهة النظر هذه دائماً (١).

ومثل آخر التحول إلى تصرف باطل قابل للتصحيح وهو المثل التالى المأخوذ عن Finger (ص ٦٩) : اتفق فى عقد باطلا شكلا طبقا للمادة ٣١١ (٢) على نقل عقارات أيضا ، إلا أن هذا العقد يمكن استبقاؤه رغم تخلف الشكل المطلوب فى المادة ٣١٣ باعتباره عقدا حله نقل ملكية عناصر الذمة منفردة إلى المكتسب، إذا قام سبب قوى لتوقع أن عيب الشكل سوف يصحح بالوفاء ، كما إذا كان العقد قد نفذ إلى حد كبير فعلا . فثلا لا يجب رفض الدعوى الشخصية لدائن المتصرف Veräußerer المستندة إلى المواد ٤١٥ ، ٤١٦ ضد من انتقلت إليه الملكية ، إذا كان المتصرف قد قام فعلا بكل ما يلزم لتصحيح العقد الباطل طبقا للنواد ٢١٣ ، ٣١١ ، إذا كان تصرف التخلل Auflassung عن العقارات الأخرى التى يشملها التصرف كذلك قد اتخذ فعلا ، ولكن القيد لصالح المكتسب لم يتم بعد . وهناك مثل آخر كذلك : من الممكن استبقاء إعلان التنبية من جانب واحد الصادر من الفاسر والباطل وغير صحيح ، طبقا للمادة ١١١ ، باعتباره إيجابا لعقد إنهاء (إقالة العقد المنبه به) الذى ينبأ إذا قبله الطرف الآخر ، ويكون

* H.R.R. 1927. Nr. 1403 ; JW. 1922/1166 ; 1931/308 (١)
 * ٣١ Rutenbeck ; L.Z. 1929/575 ; RG. 129/122 ; D.R.Z. Nr. 644
 * ٦٩ Finger ، ٧٤ Schönwetter ؛ ١٩٧ س ١ ؛ Förster-Eccius
 . ١٢٢ س v. Brasch

(٢ - ترجمة) م ٣١١ : يتطلب العقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بنقل كل ذمته المحاضرة أو سهما (أى جزءا من الذمة كلها كالربع أو النصف وليس بالإمعيان محمدا) من ذمته المحاضرة أو تعميلها على انقضاء الشكل الرسمى أمام القاضي أو الوثوق .

موقوفا طبقا للمادة ١٠٨ ، إذ يقوم هنا على الأقل إمكان غدوه صحيحا ، بينما التنبيه الصادر من جانب واحد ، هو باطل نهائيا وغير قابل للتصحيح .

ويعقب Schönwetter (ص ٢٥) على ذلك بأن احتمال الصحة لا يكفي ، بل يجب أكثر من ذلك ، أن يكون غدو التصرف صحيحا مؤكدا ، وهو في هذا المثل محل تساؤل ، إذ أن إقرار النائب (الوصي) يكون غير متوقع ، إذا كان لم يجز إعلان التنبيه أصلا . وهو يجز التحول بهذا القيد فقط ، ثم يجعل من هذا القيد تحفظا عاما في جواز التحول في هذه الأحوال . لهذا يكون التحول ممتعا ، وإن كان رفع العيب ممكنا في واقع الأمر ولكنه غير مؤكد بأي حال ، إذ يكون تحقق الصحة الكاملة للتصرف معلقا على رغبة هذا الطرف أو ذاك ، وهذا يعني قلقلة لاستقيم مع التحول .

ويعتقد v. Bräsch (ص ١٢٢) أن هذا القيد (إشراف التصرف على الصحة) يجب أن يكون مؤكدا (لا يمكن بصفة أساسية تطلبه . ويقترب على ذلك طبقا للنص أن التحول يكون هنا ، في جميع الأحوال إذن ، بكل تأكيد ، جائزا .

ثم يعقب على ذلك بأنه كما أن التحول إلى تصرف باطل قابل للتصحيح يمكن ، يمكن كذلك أن يدخل في الاعتبار ، كنتيجة للتحول — كما يترتب على عامل المصلحة والإمكانات الموضوعية — كل الأنواع الأخرى من التصرفات التي تكون أقل تقييدا من التصرف الأصلي ، مثل تصرف غير صحيح نسبيا أو موقوف ، إذا كان هذا الأخير أكثر إشرافا على الصحة من التصرف المراد أصلا .

ولما كان العنصر الموضوعي للصحة متوافرا كذلك في التصرف القابل للإبطال ، فيمكن نظرا لذلك أن يكون هذا التصرف نتيجة للتحول . وفي هذه الحدود يقف التصرف القابل للإبطال مع كل تصرف آخر صحيح على قدم المساواة ، طالما أن المبررة في التحول لا زالت متعلقة بعنصر التوافق فقط .

الباب الثالث

الشروط الذاتية للتحويل

إن توافر العناصر الموضوعية للتحويل (وهي أن يوافق التصرف الباطل - عناصر تصرف آخر) لا يكفي وحده لوقوع أثر التحويل وهو صحة هذا التصرف الآخر . بل يجب فضلا عن ذلك أن يتوافر العنصر الذاتي — وهو عنصر الإرادة . وفي ذلك تنص المادة ١٤٠ و يصح الآخر : إذا تبين أن صحته عند العلم بالبطان كانت قد تراد .

الفصل الثامن عشر

الإرادة القرضية

إن التصرف المقصود أصلا ، هو — بنظر نزاع — محل إرادة الطرفين موجودة حقيقة . فهل التصرف الجديد أراداه الطرفان حقيقة كذلك أو احتمالا eventuel على الأقل ؟

١ — يجمع الفقه والقضاء الآن على أن التصرف الجديد لا يمكن أن يكون محل إرادة موجودة حقيقة . فإن الطرفين لم يفكرا لإطلاقا في بطلان التصرف ، بل ولم يكن يمكنهما التفكير في ذلك ، إذ لما كانا قد أرادا صحة التصرف الأول حقيقة ، فلا يمكن أن يكون لهما إرادة حقيقية بالنسبة للتصرف الجديد . فهما

أرادا في الواقع هذا التصرف الأول فقط ، لا التصرف الآخر ؛ لهذا لا يمكن أن يستتبع هذا التصرف الآخر الصحة بمقتضى إرادة حقيقية . فلا توجد أى إرادة حقيقية بصدد التصرف الثانى في وقت إبرام التصرف الأول ؛ وعلى هذا الوقت وحده يتوقف كل شيء . فإذا كان التصرف الآخر قد أريد حقيقة ، فإن محته تستند مباشرة إلى إرادة الطرفين (طبقا للمادة ١١٧ ف ٢ أو ١٣٣) ولا مجال إطلاقا للمادة ١٤٠ ، إذ يكون إنشاء الإرادة طبقا للمادة ١٤٠ تزييدا . فالأمر في المادة ١٤٠ لا يدور حول تفسير *Auslegung* أو تأويل *Umdeutung* (تفسير ضد صريح لفظ الإرادة) أو توضيح *Interpretation* لإرادة موجودة ؛ فمثل هذا الإجراء كان يمكن اتخاذه دون أدنى حاجة إلى نص المادة ١٤٠ وذلك على أساس المادة ١٣٣ أو المادة ١١٧ ف ٢ . فصحة التصرف الجديد لم تعلن ولم ترد ؛ وعلى هذا يكون استلزام إرادة باطنية محضة ، غير متطلب إطلاقا .

ولذلك فقد أكدت المحكمة العليا للدولة (RG. 110/392) أن الأمر في التحول لا يدور حول تفسير إرادة طرفين موجودة حقيقة .

لهذا تكون وجهة نظر *Thöl* (قانون الكيمياء ص ١١٨ Wechselrecht) من أن التصرف الآخر يجب أن يكون قد أريد ، غير صحيحة . وعلى أى حال فإنه يفترض وجود هذه الإرادة إلى أن يقوم الدليل العكسى (٢ ، ١) .

ويؤيد هذا الرأي كذلك ، نص المادة ١٤٠ نفسه حين يقول : أن التصرف الآخر يصح إذا تبين أن صحته كانت قد تراد . فلو كان يتطلب وجود إرادة حقيقية ، لوجب أن يقول : إذا كانت صحته قد أريدت . لهذا فإن وجود إرادة حقيقية موجبة إلى التصرف الثانى لا يمكن أن يكون محل نظر .

وعلى أى حال فإن *Wiechell* (ص ٦١) يقول أنه من الممكن أن توجد

(١) تقوم وجهة نظره على النص 4. 46. pr. D. 8. I.

"An inutiles acceptilatio utile habeat pactum"

(٢) كذلك *Finger* ص ٢٢ ، *Küntzel* ص ١٨ ، *Fischer* ص ١٦ وما بعدهما

Voss ص ٤٨ ، *Weil* ص ٧٢ ، *Bichmann* ص ١٨ ، *Rutenbeck* ص ٥٢ ،

Wiechell ص ١٦ ، *Brasch* ص ٥١ ، ٦٤ .

إرادة باطنية محضة متجهة إلى التصرف الجديد ، ولكنه يتطلب أن تكون هذه الإرادة باطنية محضة فقط وألا يكون من الممكن التعرف عليها إطلاقاً . ولكن مثل هذه الإرادة الباطنية التي لا يبرع عنها إطلاقاً ، ولا يمكن التعرف عليها بوسائل المعرفة البشرية ، لا يمكن أن تدخل في اعتبار رجل القانون ، ويجب أن نظل بالنسبة له خارج الحساب . واحتمال وجود مثل هذه الإرادة لا يكون أى استثناء من قاعدة عدم استلزام مثل هذه الإرادة .

وإذا كان Rutenbeck (ص ٥٢) و Volkmann (ص ٣١) و Kuntzel

(ص ١٨) يخضعون الحالة التي توجد فيها إرادة حقيقية متجهة إلى التصرف الثانى ، ولهذا يكتسب التصرف الثانى الصحة لأنه أريد حقيقة ، للتحويل قياساً على المادة ١٤٠ لا بمقتضى هذه المادة ، فلا يكون هذا أى استثناء من المادة ١٤٠ . إذ أنهم يسلبون جميعاً بأن محضة التصرف الجديد لا تستند حيثئذ إلى نص المادة ١٤٠ وإنما إلى إعلان إرادة الطرفين . فالأمر يدور هنا إذن حول تفسير أو تصرف صورى ، أما التحويل فهو منغلَق تماماً . وإن استعمال تعبير التحويل فى هذه الأحوال لا يغير الواقع من أن الأمر ليس منداره هنا أى تحويل ، ولهذا يكون من المستحسن تجنب استعمال هذا التعبير فى تلك الأحوال التي لا يجرى فيها أى تحويل .

لهذا فإن وجهة النظر (١) القائلة بأن الوصية الجديدة الباطلة تتحول إلى عدول عن وصية صحيحة سابقة ، ليس صائباً ؛ لأن العدول عن الوصية السابقة يقوم على إرادة للبوصى موجودة حقيقة ، وقد ظهرت صراحة بإشياء الوصية الجديدة ، وإن كانت هذه باطلة ؛ ولما كانت إرادة حقيقية للطرفين موجودة ، فإن التحويل يكون متمماً (٢) .

٢ — فإذا كان وجود إرادة حقيقية ، ليس فقط غير متطلب بل لأنه يعوق إجراء التحويل أيضاً ، فهل يستلزم وجود إرادة احتمالية للطرفين بصدد التحويل ؟ يتطلب الفقه القديم مثل Thöl و Unger و Wächter (٣) إرادة تحول احتمالية

(١) السهورى — المصادر ص ٤٩٨ .

(٢) ولكنه يؤكد أنه لا يتطلب إرادة حقيقية ص ٥٠٣ . كذلك شفيق شحاتة الالتزامات ص ٨٢ ، بهجت بدوى ص ٤٠٨ ؟

(٣) Thöl فى Handelsrecht ج ٢ ص ٢٦ ؟ Unger فى Inhaberpap.

ص ٩٣ ؟ وفى Österr. Pr. R. ص ١٠٨ ، Wächter ج ٢ ص ٦٧٧ .

وقد أخذ أحد أحكام المحكمة العليا للدولة (RG. 28/218) بوجهة النظر هذه كذلك: فقد فُهم المورث إلى المحكمة وثيقة تحمل في أعلاها عنوان «عقد توريث» بكتابة جاء فيها «هنا توجد وصيتي» وقد حاولت هنا المحكمة العليا أن تقر أن المورث كان يريد احتيالا أن يكتسب عقد التوريث الباطل، الصحة في صورة الوصية (١).

ويتطلب Römer (٢) كذلك «إتجاه الإرادة ولو احتيالا على الأقل» إلى التصرف الثاني. ولكن التصرف الآخر يستبقى طبقا لتعريفه (ص ٧٨) دون الإرادة الخاصة التي توجه إلى ذلك. فهو لا يتطلب طبقا لهذا التعريف إرادة تحول احتمالية. وبين Rutenbeck (ص ٥٤) يصد وجهتي النظر هذه، أن التقرير الإحتيالي للإرادة (في ص ٦٩) لا يتطلب أن يكون صادرا من الطرفين، وإنما أن القاضي لا يستبقى التصرف الآخر في واقعة الحال لجرد أنه يمكن استبقاؤه لو نظر إليه من ناحيته الخارجية فقط، وإنما يجب عليه أن يثبت مما لو أن الطرفين كانا سوف يريدان التصرف الثاني، لو كانا قد فكرا في ذلك.

والرأى في البروتوكول (٣) أن إرادة الطرفين لا يلزم أن تكون قد اتجهت عند إنشاء التصرف الباطل، ولو احتيالا — إلى التصرف الآخر — إذ أن المادة ١٤ تقول «إذا تبين أن صحته عند العلم بالطلان كانت قد تراء»

وإن ملاحظة طريقة التعبير هذه بالمقارنة بالتشكيلات التي اتخذها نظام التحول في المراحل السابقة، ليؤكد أيضا هذا الرأي. فالمادة ١٦٢ من مشروع درسدن استلومت أن يكون «قصد المتعاقدين كان قد اتجه احتياطا Vorsorglich إلى ذلك» كما كان نص المادة ١١١ من المشروع الأول لمجموعة القانون المدني الألماني يجري كالآتي. «إذا كان هذا مطابقا للإرادة المستخلصة من إنشاء التصرف الباطل، وهذا يتبين بجملاء، أن الاتجاه الاحتمالي للإرادة، عند إبرام التصرف الباطل إلى التصرف الثاني، الذي كان متطلبا في المادة ١٦٢ من مشروع درسدن وفي المادة

(١) فاون Rutenbeck ص ٥٧.

(٢) ص ٦٩.

(٣) Muggdan ج ١ ص ٧٢٧.

١١١ من المشروع الأول ، ليس متطلبا في الصياغة الحالية للمادة ١٤٠ .

وعلى هذا فالقضاء والقضاء بمحمان على أن مثل هذه الإرادة الإحتالية ليست متطلبة . فالطرفان لم يكن يمكن أن يكون لهما أى إرادة إحتالية ، إذ أنهما لم يكونا يعرفان البطلان ولم يفكرا في تصرف احتياطي على وجه الإحتال ، بل إن هذه الإرادة الإحتالية يجب في الواقع ألا تكون موجودة وإلا كان معنى هذا أن الأمر يدور حول تفسير لا تحول (١) . ويقر القضاء هذا الرأي .

ويتطلب الفقه المصرى تحت تأثير Saleilles إرادة إحتالية للطرفين . وسبب ذلك هو خلط التحول بالتكامل (التفسير المكمل) Ergänzung (٢) وهو ما يؤكد سالى بصفة خاصة (ص ٢٢٠) (٣) .

٣ — فالمادة ١٤٠ لا تتطلب إذن بأى حال ، إرادة حقيقية أو إحتالية متجهة إلى التصرف الجديد . ولكن لما كانت الإرادة هى الركن الأساسى فى التصرف فلا يستطيع التصرف أن يخرج بدونها إلى الوجود . والواقع أن نص المادة ١٤٠ يتطلب كذلك أن يقوم التصرف ، الآخر ، على إرادة . ولكن هذه الإرادة ليست حقيقية ولا إحتالية ، وإنما هى إرادة غير حقيقية ein irrealer Wille أو فرضية (نصورية) hypothetischer W. ، وذلك أن النص يقول ، إذا كانت صحته

(١) تارن Finger من ٢٣ ، Rutenbeck من ٥٤ ، Fischer من ١٦ ، Voss من ٤٨ ، Kuntzel من ١٨ ، Bichmann من ١٨ ، v. Brasch من ١٦٣ ، Wiechell من ٦٦ ، Biermann من ١٩٨ ، Enneccerus من ٨٧٤ ، Windscheid ج ١ من ٣٦٧ ، Betti من ٥٠٦ .

(٢) OLG. Augsburg. Bay.Z. و OLG. Hamburg. 1911, Nr. 1267 (٢) Z. 1925/214 .

(٣) يجب إدخال فكرة سلطة القاضي للكلمة وليست للمادة ١٤٠ إلا تطبيقا خاصا لها :

Il faut intervenir la notion du pouvoir supplétif du juge dont l'art 140, n'est qu'une application particulière.

كذلك أيضا : ولم سليمان قلادة — إعلان الإرادة فى القانون المدنى المصرى — رسالة الناصرة سنة ١٩٥٥ من ٢٠٠ ، وطبقا لرأيه يكون التحول مجرد تطبيق للتفسير .

تارن كذلك يجهت بدوى من ٤١١ ، السهوى المصاد من ٥١٣ ، هذا رأى يقوم على أى حال على أساس فهم خاطئ للقانون المدنى الألمانى الذى عرف فى مصر عن طريق التراجم والتعليقات الفرنسية . وأما السبب الآخر لذلك فهو ربط خاطئ بين هذه المشكلة ومشكلة الإرادة الباطنة والإعلان . تارن فيما بعد .

.... كانت قد تراءى. وقد أكلت المحكمة العليا للدولة (١) وأن مدار الأمر في التحول ليس تفسير إرادة طرفين موجودة حقيقة وإنما البحث عن إرادة فرضية وهذه تعاليج ماذا كان الطرفان يريدان لو كانا قد علما بالبطلان . فالأمر يدور إذن حول مجرد إنشاء (بناء) Konstruktion (وليس لإعادة إنشاء Rekonstruktion كما يقول Fischer ص ١٨) (٢) لإرادة مفترضة ، في واقعة حال مفترضة لا تقوم في الحقيقة أبداً (٣) . وبهذا فإن هذه الإرادة التي تنقص التصرف الجديد سوف يعوض هذا التصرف عنها بإنشائها بنص المادة ١٤ (٤) .

هذه الإرادة غير الحقيقية أو التصورية هي الإرادة الوحيدة التي يتطلبها القانون لإجراء التحول . وهي وحدها العنصر الذاتي في التحول . والفقه والقضاء متفقان في أن هذه الإرادة غير الحقيقية هي معيار التحول وصنابله (٥)

(١) RG. Warn. 1928. Nr. 8 وكذلك RG. 110/392

(٢) فارت Finger ص ٧٣ ، Schönwetter ص ٢٥ .

(٣) Fischer ص ١٨ .

(٤) Rutenbeck ص ٥٨ ، Well ص ٧٢ : بدلاً من استعمال التعبير المتداول عادة وهو إرادة « فرضية hypothetisch » كان من الأحسن تأكيد أن الأمر يدور حول إرادة تصورية fingierter وليس مجرد إرادة لا يمكن إثباتها ، Finger ص ٧٣ ، Künzel ص ٢٣ ، Pappenheim ص ٤ ، Schulz في كتاب Irrtum ص ٧٤ ، Siber في RG.Festschr. ج ٢ ص ٣٥٦ .

(٥) الفقه المشار إليه أعلاه Wiccheff ص ٥٩ ، v. Brach ص ١١٢ ، شغبين شحاتة الالتزامات ص ٨٢ : التحول يفترض ألا يثبت أن الطرفين قد أَرادَا العقد الآخر وإلا كان هذا مجرد مسألة تفسير والنظم التي تميز التحول تقيم في الواقع قنينة قانونية فهي تفترض وجود إرادة احتياطية La conversion suppose qu'il n'est pas établi que les parties avaient voulu l'autre contrat. Ce serait autrement une simple question d'interprétation. Les Systèmes qui admettent la conversion édictent en fait une présomption légale. Ils supposent l'existence d'une volonté subsidiaire.

كذلك أيضاً عبد الحى حجازى . المصادر ص ٣٢٩ ، إرادة مفترضة .

الفصل التاسع عشر

عدم العلم بالبطلان

حين تقول المادة ١٤٠ « يصح الآخر إذا تبين أن صحته عند العلم بالبطلان كانت قد تراء » فإنها بذلك تبين بوضوح أن بطلان التصرف المقصود أصلا يجب ألا يكون معلوما للطرفين عند إبرامه . وهذا الشرط ينبثق من مبدأ التحول نفسه : فالطرفان إذا التصرف الأول الباطل في إقتناع جدى بأنه سوف يكون صحيحا ولهذا أبرماه . أما الحالة التي يكون فيها الطرفان قد علما ببطلان التصرف المراد حقيقة فتندرج تحت أحد الفروض الآتية : إما أن يكون المتعاقد لم يرد في الواقع لا التصرف المبرم ولا أى تصرف آخر أى أنه لا يريد إطلاقا إبرام أى تصرف ، وهذا لا توجد أى إرادة تصرف *Geschäftswille* . وإما أنه أراد التصرف الآخر في الواقع ولو على سبيل الاحتياط على الأقل ، وهنا تنطبق النصوص القانونية الخاصة بالتفسير أو بالصورية ؛ وفي كلتي الحالتين لا يمكن أن يكون التحول محل نظر إذ أن إعماله يعارض إرادة الطرفين الحقيقية . وإنما إذا كان المتعاقد عند إبرام التصرف لم يعلم بالبطلان على الإطلاق ، حينئذ وحيتئذ فقط يقع التحول .

وقد بينت المحكمة العليا للدولة (RG. 69/326) هذا الشرط بجلاء حين قالت « أنه عند العلم بالبطلان (يكون) تحول التصرف المعروض (منفلقا) نظرا لتخلف إرادة إنشاء أثر قانوني » .

فإذا منح تاجر صغير شخصا آخر تفويضا (*Procura*) . وعلم أن منحه التفويض هذا باطل ، لأن كبار التجار هم الذين يستطيعون فقط منح مثل هذا التفويض ، فإن تحول هذا التفويض إلى وكيل بالتعامل يكون ممتنعا . إنما يكون

التحول جائزا إذا كان هذا البطلان غير معلوم له فقط (١).

ويعالج v. Brach (ص ١٧٨) هنا الحالة التي يكون فيها الطرفان قد علما ببطلان التصرف قانونا ولكنهما أرادا رغم ذلك تنفيذ العمل ، كما في حالة تجاوز الحد الأقصى للسعر المقرر . ويذهب إلى تطبيق المادة ١٤٠ في هذه الحالة ؛ ولكن ليس تطبيقا مباشرا وإنما على سبيل القياس ، لأن القانون لا يشمل في نصه هذه الحالات . وأساس هذا القياس أن المصلحة في النص المحرم هي إبقاء التصرف في كل الظروف (طبعا في حدود السعر الجائز) ، وهكذا ينشئ عامل المصلحة هذا شرط المادة ١٤٠ ، بأن الإبقاء على الغرض بنص النظر عن شرط العلم بالبطلان يكون مرغوبا فيه . وإن عامل المصلحة في هذا الشرط هو نفس عامل المصلحة في النص المحرم ، لهذا يكون الأول غير مستلزم .

ولكن هذه الحالة لا تكون أى استثناء من المادة ١٤٠ ، لأن v. Brach نفسه يسلّم بأن الأمر لا يدور حول تطبيق المادة ١٤٠ وإنما حول قياس عليها .

وقد كان مشروع المادة ١٤٤ من مجموعة القانون المدني المصري ينص أولا على أن يصح العقد الآخر ولو أنهما (الطرفان) كانا يعلمان ببطلان العقد الأول ، وقد حذفت هذه العبارة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بحجة أنها تزيد ؛ هذا في أول الأمر ، ثم أخيرا بحجة أن المسألة نيط أمرها بالنية ولا محل للتقيد بعد ذلك بالعلم أو بأى ظرف آخر مادام أن الأمر سيرجع في النهاية إلى تقدير القاضي .

وهذا يدلنا على أى حال ، على أن القانون المدني المصري يتطلب كذلك هذا الشرط ، فضلا عن ذلك فهو دليل على أنه لا يتطلب لإرادة حقيقية ولا احتمالية التحول (٢) .

(١) Finger ، ٧٢ ، Weil ، ٧٢ ، Voss ، ٤٦ ، Wiechell ، ٦٦ ،

v. Brach ، ١٧٧ .

(٢) قانون السهوى : المصادر من ٥٠٠ ، بهجت بلوى من ٤٢١ ، شفيق شحاتة :

من ٨٢ .

الفصل العشرون وقت أعمال التحول

معيار التحول وضابطه هو الإرادة غير الحقيقية في وقت إبرام التصرف الباطل . فالأمر يدور حول إنشاء إرادة ، كانت تكون للطرفين في هذه اللحظة حتى ولو أنها في الواقع لم يفكرا إطلاقا في أى تصرف آخر ، إذ لما كان غرض المادة ١٤٠ هو الوصول بإرادة الغرض der Erfolgswille التي للطرفين إلى اكتساب الصحة عن طريق آخر غير الذي قصدها أصلا ، تكون العبرة إذن بتلك اللحظة فقط التي ظهرت فيها الإرادة الأصلية . ولا يمكن أن تفسح عبارة « عند العلم بالبطلان » إلى وقت آخر غير وقت إبرام التصرف ، إذ بعد ذلك يكون البطلان معلوما للطرفين ولهذا يكون التحول ممتعا (١) .

ولا قيمة لكل ما يريده الطرفان بعد أن أصبح البطلان معلوما لهما ولا لكل ما وقع من حوادث في وقت لاحق على إبرام التصرف الباطل (٢) .

أما الإرادة اللاحقة فيمكن أن تكون مجرد استدلال (موجه) Indiz يتلصق منه ما كان الطرفان قد يريدانه في ذلك الوقت . وهي مع ذلك مجرد استدلال . Indiz وليست بأية حال قرينة على أن الطرفين كانا يريدان التحول وقت إبرام التصرف لأنهما يريدانه الآن (٣) .

(١) RG. Seuff A. 80, Nr. 116 ؛ RG. 48/231 ؛ 110/391

OLG. Kiel Schlesw. Holst. A. 1911/11 ؛ Warn. 1920 Nr. 8

(٢) LZ. 1929/575 ؛ RG. 1927/1531

(٣) Schönwetter ، ٧٣ من Finger I G I. Berlin. JW. 1927/1531

من ٢٥ ، Fischer من ٧ ، ١١ ، Cohn من ٥٤ ، Cosack ج ١ من ٢٢٩

Wiechell من ٦٠ ، Brach من ١٦٢

الفصل الحادى والعشرون

الكشف عن الإرادة الفرضية

لما كانت الإرادة الفرضية هى معيار تطبيق التحول ، لهذا يتعين علينا الآن أن نشرع فى الإجابة على السؤال ، كيف تستكشف هذه الإرادة غير الحقيقية ؟ متى يمكن افتراض أن التصرف الثانى كان قد يراد عند العلم بطلان التصرف الأول ؟ إن الكشف عن هذه الإرادة يضع واجبا شاقا أمام القاضى ، إذ يدور الأمر حول البحث عن الإرادة التصورية فى وقت إرام التصرف الباطل وهى إرادة لم توجد فى الواقع ولم يفكر فيها الطرفان إطلاقا . ولكن لا يمكن إعمال التحول دون التثبت من هذه الإرادة وتقريرها إذ أن كل إمكان لإعمال التحول يكون بدون هذا الشرط الذاتى منفلقا . ولكن كيف يتثبت من هذه الإرادة ؟ لا يوجد فى نصر المادة ١٤٠ أى موجه Direktive فيما يتعلق بطرق هذا الكشف . فالشرح قد سكت ولم يبين لنا طريق التثبت من هذه الإرادة ، فهو قد ترك وبحق هذا العبء للقاضى والفقهاء . إذ ليس من المستحسن أن يحاول المشرع نفسه أن يقوم بمثل هذه المهمة لأن أى تنظيم تشريعى سوف يكون إما تضييقا لنطاق التحول أو ضابطا بالغ الجلود يؤدى فى العمل إلى نتائج لا يمكن احتمالها . وإن ممكنة بل ضرورة أن يقوم القاضى فى مثل هذه الأحوال بكشف الإرادة الفرضية معتمدا على ما تثبت منه من واقع موضوعى ، طبقا للقواعد العامة فى التفسير ولها مرونة معينة ، ليوافق حاجات العمل ومقتضيات العدالة أكثر من تنظيم تشريعى جامد ، يؤدى بلا ضرورة إلى تضييق نطاق سلطة القاضى التقديرية . أما التثبت من هذه الإرادة الفرضية فيجب البحث عنه كما يقول الجميع فى واقعة التصرف الباطل ، ويتعين كشف الإرادة الفرضية من هذه الواقعة .

أولا : -

١ - ولكن هذا يجب ألا يعنى أن الإرادة الحقيقية الموجهة إلى التصرف الباطل يجب أن تكون متجهة كذلك إلى التصرف الجديد . إذ معنى ذلك أن

التصرف الجديد كان قد أريد حقيقة مع التصرف الباطل في نفس الوقت ؛
وحيث أن يكون التحول ممتنعاً كما سبق القول . فالأمر لا يدور حول تطبيق
Verwendung لإرادة الطرفين الحقيقية على التصرف الجديد ، وإنما كما قال
Wiechell (ص ٦٥) بحق ، حول الإفادة Verwertung من هذه الإرادة
الحقيقية بالنسبة للتصرف الجديد في الحدود التي تمثل فيها باعتبارها إرادة منصبة
على غرض معين (وهى لهذا موضوعية objektiviert) .

فشل ذلك الرأى يؤدي إلى أن يكون التعرف على الإرادة المتجهة إلى
التصرف الجديد ، إنما يتم عن طريق التفسير (أى أنه مجرد تطبيق للتفسير)
وهذا ما سبق أن بينا عدم صحته . لجمهور الإرادة المحددة الغرض هو كما يقول
v. Brasch (ص ١٦٤) أنها موجهة إلى غرض كامل التحديد ، سواء كان
قانونياً أو واقعياً . ولا يمكن مع هذا الزعم بأن الإرادة التي لها هذا الطابع ،
يمكن اعتبارها قد أعلنت في نفس الوقت كذلك بالنسبة لكل جزء من الغرض
الكلى المقصود . فالإرادة الحقيقية قد انصبت في الواقع على الآثار القانونية الكاملة
والأكبر . ولكن المشكوك فيه هو أن تكون هذه الإرادة المعلنة تسحب كذلك
على التصرف المتضمن في التصرف الباطل ذى الآثار القانونية الأضعف حتى
يمكن القول أنها وددت آلياً على هذا التصرف ضمناً كذلك . إذ أن الطرفين
في المعتاد ، لم يفكرا إطلاقاً في احتمال بطلان التصرف الذى أبرماه أو تعييه يعيب
آخر ، أى أنهما لم تكن لهما إذن إرادة حقيقية بأن يحل تصرف آخر احتلالاً
مكانه (١) .

فالتفسير لا يمكن أن يفتى عن التحول . لهذا يجب أن نظل كل محاولة لتطبيق
الإرادة الحقيقية على التصرف الجديد مستبعدة . إذ في هذه الأحوال سوف يكون
مدار الأمر ليس تحولاً وإنما تفسير طيقاً للبادة ١٣٣ .

٢ - ويربط فقه الشريعة العامة هذه الإرادة الفرضية بالفرض القانونى
للتصرف . فالتحول يقع « في الحدود التي يتحقق فيها نفس الآثار القانونى في جوهره

(١) كذلك أيضاً Biermann ص ١٩١ ، Oertmann م ١٤٠ .

عن طريق التصرف الثاني^(١) ، فالفصل هو إذن الغرض القانوني للطرفين وليس الوسيلة القانونية^(٢) .

وتتطلب المذكرة الإيضاحية Motive كذلك^(٣) إرادة الغرض القانوني ويتبعها في ذلك بعض الكتاب . فيفترض أن التصرف الجديد كان قد يراد إذا كان الغرض القانوني المقصود من الطرفين يتحقق في جوهره كاملا أو جزئيا عن طريق التصرف الثاني^(٤) .

ويعقب على ذلك Siller^(٥) الذي يأخذ بهذا الرأي أيضا ، بأن هذا الافتراض Fiktion إنما يأمر القاضي بأن يقرر ما فكر فيه الطرف أو الطرفان ، موضوعين أمام الخيار : إما أن يظل التصرف المبرم ولكن الذي لا يمكن تصحيحه ، باطلا ؛ وإما أن يصح تصرف آخر يقاربه في الأثر القانوني بصفة تامة أو جزئية . أما وجوب أن يكون تصور حالة الاضطراب هذه هو الأساس الذي أرادته المشرع لتقرير الإرادة فيتبين من الحجة التالية :

إذا كانت نقطة البداية هي حرية إرادة الطرف أو الطرفين الخالية عن كل تأثير ، فإن الجواب على مسألة الإرادة — في الأحوال التي يكون فيها التصرف ، قد كان في حذ ذاته جائزا قانونا ولكنه كان غير صحيح قانونا ، كما لو كان لم يقع مثلا في الشكل القانوني اللازم — من وجهة نظر ذلك الذي يتمسك بالتحول ، كان يجب أن يجرى عادة بأن إنشاء تصرف آخر كان سوف يرفض . أما الفاعلة الرئيسية لهذا القيد الموضوع خاصة عن طريق عامل الإرادة ، فيتبين بالذات في أن التصرف الآخر يجب ، في كل حال ، ألا يحمل من يجرى التحول ضده ، التزامات أكثر من التصرف المقصود أصلا .

٣ — ولكن إقامة الإرادة الفرضية على أساس الغرض القانوني لا يمكن التسليم به ، لأن لكل تصرف نتائج قانونية محددة ، تختلف في العادة تمام

(١) Windscheid بند ٨٢ خاسا .

(٢) Römer ٧٨، ٧٩ Weisengrün من ١٧، في Österr. Pr.R.

ج ٢ من ١٥٧ .

(٣) ج ١ من ٢١٨ .

(٤) Mattias في Lehrb. بند ٥٥ ، فون Wiechell من ٦٥ ، Rutenbeck

من ٥٩ ، Voss من ٤٨ .

(٥) من ١٨٣ .

الاختلاف عن الأثر القانوني لتصرف آخر . فضلا عن أن هذا الرأي مقترنا بذلك القيد من أن التصرفين يجب أن يكونا في هذه العلاقة على الأقل ، شديدى التشابه ، يؤدى فى الكثير الأغلب من الأحوال إلى عدم جواز التحول^(١) .

لهذا يقول Siller (ص ١٨٥) نفسه بأن الحالة التى ينشئ فيها التصرف الآخر نفس المركز القانونى مثل التصرف المقصود ، تكاد تكون غير متصورة . فالقاعدة هى أن من كان يجب أن يستفيد من التصرف الباطل ، يجب أن يتحمل بعض الخسارة . ولكى تنى المادة ١٤٠ بفرضها ، يجب فى الفصل فى مسألة الإرادة أن يظل كل احتمال لإعادة إنشاء التصرف الباطل صحيحا ، خارج الاعتبار .

والنتيجة الضرورية لهذا رأى أن التحول يكون جائزا فقط إذا كان التصرف الجديدي يعتبر أقل Minus بالنسبة للتصرف الباطل ، وحيث لم يكن هنا ثمة ضرورة لنص المادة ١٤٠ .

لهذا يكاد يكون هذا رأى مرفوضا من الجميع .

٤ - أما البروتوكول^(٢) فيأخذ على عكس المذكرة الإيضاحية بأن ضابط الإرادة الفرضية هو الفرض الاقتصادى . أما مجموعة القانون المدنى فلا تتضمن قرينة لصالح أو ضد أحد الرأىين ، ولكن أغلب الكتاب والأحكام تصدر عن وجهة النظر هذه . فافتراض الإرادة غير الحقيقية إنما يتوصل إليه عن طريق الفرض الاقتصادى أو الاجتناعى أو العملى . لهذا فقد أكدت اللجنة الثانية بكل صراحة : « أن الفصل فى استبقاء التصرف الجديد مرجعه إرادة الطرفين المتجهة إلى الفرض الاقتصادى ökonomisch » . ونجد هذه الآراء كذلك فى حكم المحكمة العليا للدولة RG^(٣) قالت فيه « لا يوجد فى سند إذنى باطل بهذا الاعتبار ، أى دليل على أن إرادة الطرفين اتجهت إلى السند الإذنى على سبيل القصر ، بحيث ينهار بطلانه كل التزام ، بل إن المقصود هو وضع صاحب الحق فى حالة بحيث يستعيد من الساحب المبلغ الذى دفعه له »^(٤) . ويستبقى التصرف الثانى

(١) كذلك Wiechell ص ٦٣ - ٦٦ .

(٢) بروتوكول VIII ، ٢١ ج ١ ص ١٢٧ .

(٣) RG. 48/223 .

(٤) كذلك RG. Recht. 1911. Nr. 1267 و RG. Warn. 1917 Nr. 70 .

(م - ١٣ تحول التصرف الثانى)

— من وجهة النظر هذه . إذا كان يمكن عن طريقه تحقيق الغرض الاقتصادي المقصود بالتصرف الباطل هو نفسه كاملاً أو جزئياً أو حتى غرضاً مقارباً .
ويؤدي إلى ذلك قبل كل شيء ، القول بأن كل وسيلة قانونية تحقق للطرفين غرضهما المراد ، تكون صحيحة^(١) . فإنشاء تصرف ما ، ليس في ذاته غرض المتعاقدين وإنما هو وسيلة لتحقيق غرضهما . فهما يريدان بذلك الوصول إلى نتيجة عملية ، فهذا الغرض العملي هو الطابع الجوهرى للإرادة ، وهو الدليل المرشد في كشف هذه الإرادة .

لهذا يمكن في رأينا ، أن يتحول في القانون المصرى ، الرهن الرسمى المقيد والباطل بسبب تعيب الشكل إلى رهن حيازة عقارى مع اشتراط بقاء العقار في حيازة الراهن ، وهذا (الرهن الحيازى) جائز في حد ذاته . لأن الغرض العملي في كل من التصرفين هنا هو نفسه وهو كفالة تأمين للدائن . فضلا عن أن الرهن الحيازى المتحول والمقترن بهذا التحفظ يشابه الرهن الرسمى من كل وجه .

٥ — أما التعرف على هذا الغرض العملي الذى أراد الطرفان تحقيقه فيجب البحث عنه في واقعة التصرف الباطل . أما ما إذا كان هذا الغرض يتحقق على نفس الوجه أو على وجه مشابه عن طريق التصرف الآخر ، فيتم الكشف عنه بالاستناد إلى نص القانون وعلى أساس بحث واقعة الحال . فإذا كان هذا الغرض الاقتصادي المقصود يمكن تحقيقه في النطاق الأكبر من المعاملات عن طريق تصرف آخر ، فيكون من المقبول بوجه عام ، افتراض أن التصرف الآخر قد يراد من الطرفين^(٢) .

٦ — ويكون افتراض الإرادة غير الحقيقية مؤسسا كذلك ، حتى ولو كان الغرض العملي المقصود يتحقق ولو جزئياً فقط عن طريق التصرف الثانى . وقد قالت المحكمة العليا للدولة RG. 110/391 صراحة بأنه من الممكن إطلاقاً

Oertmann : OLG. Hamburg. "Recht". 1911. Nr. 1282 (١)

مادة ١٤٠ .

(٢) كذلك Finger ص ٧٥ ، Schönwetter ص ٣٧ ، Weil ص ٧٢ ،

Wiechell ص ٦٦ ، Fischer ص ١٩ ، Bichmann ص ٢٠ ، Dernburg ؛

Reicher ؛ Endemann في Pr. Z. f. A. 104/1 يتسكك عن تصرف جديد

منتهج إلى نفس القصد ، منتهج في القصد gleichstrebend .

أن يفترض في الظروف العادية ، أن الطرفين كانا يرضيان بتحقيق غرضهم جزئيا أو بتحقيق غرض مشابه .

فتحقيق نتيجة أقل لا يعوق طريق التحول ، إذا لم يعم دليل على إرادة عكسية . ففي التصرفات الملزمة للجانب واحد ، يمكن بصفة عامة ، افتراض أن المعلن كان يكتفي إطلاقا بالأقل^(١) . أما في التصرفات الملزمة لأكثر من جانب فقد يتج عن استبقاء هذا الأقل ، تخلف عنصر تراضى الإرادتين . ويضرب Manigk^(٢) لذلك مثل تحول الوعد بالكفالة الباطل لأنه لم يقع في الشكل المطلوب . ويعقب عليه بأنه « حتى لو كان الكفيل في هذه الحالة كان قد يعطى تكليفا بفتح إعتاد Kreditauftrag^(٣) فإن هذا لا يوافق قصد الدائن » .

وقد أجازت المحكمة العليا للدولة (RG. 66/25) تحول رهن حياة إلى حق حبس بحجة أن المرة لدى الطرفين هي بالغرض الإقتصادي من إنشاء تأمين ، الذي يمكن تحقيقه كذلك ولو بقدر أقل عن طريق الاتفاق على حق الحبس .

وفي مثل الدوطة Mitgift (RG. 110/391) ينتج التصرف الثاني آثاراً أقل من التصرف الأول (تحول نقل ملكية باطل وادع على عقار أعطى كدبوة إلى إنشاء حق انتفاع لدى الحياة) ، حقيقة أنه لم يكن في حالة نقل الملكية المقصود ، أي قيد على حرية المستفيدين في التصرف في العقار ، بينما أنهما كصاحبي حق انتفاع مقيدان قانوناً ، وقبل كل شيء ، اقتصادياً ؛ ولكن هذا لا يعوق التحول ، إذ يمكن هنا افتراض أن مكتسبي العقار كانا يكتفيان بالالتزام بإنشاء حق انتفاع لدى الحياة^(٤) .

(١) كذلك RG. JW. 1927/1531 .

(٢) Manigk A. ٢٠٠٠ .

(٣-ترجمة) Kreditauftrag فتح الاعتاد هو أن يكلف الشخص آخر بأن يدفع لثالث مبلغاً من المال من حسابه هو لا من حساب المسكف . فتختلف عن الإنابة في أن المنيب يأمر النائب عليه بأن يدفع للنائب من حساب المنيب نفسه ؟ فالمسكف بفتح الاعتاد يقف أمام المسكف باعتباره كفيلاً إلى جانب المدين .

(٤) إذ طبقاً للواقع الثابت كان العقار قد أعطى كدبوة . ففرض التصرف كان إذن هو تمكين المدعي عليهما من منفعة العقار . فإذا كان لا يمكنهما أن يصبحا مالكيين ، فقد كان في اعتبارهما إقرار بإنشاء حق انتفاع على الأقل . فليس مما يعوق التحول أن يتحقق الغرض المقصود جزئياً فقط .

٧ - ولما كان تحقيق الغرض العملي (كذلك Schönwetter ص ٣٧) هو المعيار في افتراض الإرادة غير الحقيقية ، فلاحاجة إذن بأى حال لأن يكون التصرف الجديد كان واقعا في تقدير المتعاقدين إماملا . فن المحتمل أن هذا التصرف كان غير معلوم لهما . فإذا ما تطلب وجوب أن يكون المتعاقدان على علم بإمكان تحقيق الغرض المقصود عن طريق آخر ، فإن هذا يعترض غرض المادة ١٤ . وهو مساعدة الطرفين اللذين أبرما التصرف باطلا بسبب عدم إمامهما بالقانون . فالسؤال هو إذن ، أى تصرف كان المتعاقدان يريدانه لو كانت الإمكانات القانونية المختلفة قد بينت لهما من جانب ذى خبرة . لهذا نكون المحكمة العليا للدولة (١) قد أخطأت كما لاحظ Finger (ص ٧٧) حين رفضت تحول كبيالة باطلة على أساس (من بين أسباب أخرى) أن الطرفين لم يكن يحظر لهما أن يفكرا في مثل هذا التصرف غير المعتاد استعماله .

ومن الممكن كذلك أن يتبين عند الكشف عن الإرادة الغرضية ، أن الطرفين نفسيهما لم يكن لدهما إدراك واضح ، أى غرض اقتصادى يريدان تحقيقه . ففي حكم المحكمة العليا للدولة (٢) كان مالك عقار قد تخطى في محرر خاص عن عقاره وكرهن حيازة (تأمينا) لديون (شخص ثالث) . فكان المطلوب هنا هو إنشاء تأمين ولم يكن الطرفان على أى حال ، على علم بكيفية تنفيذه قانونا . وما قد يكون محل اعتبار هنا هو إما إنشاء رهن (غير حيازي) عقارى أو الاتفاق على إنشاء تأمين . وقد حولت المحكمة العليا للدولة التصرف الباطل إلى التزام بإنشاء رهن غير حيازي . ومن المحتمل أن الطرفين كانا قد يتفقان على الالتزام لو علما أنه يمكن من هذا الطريق إنشاء تأمين . إلا أن الأمر يحتاج هنا إلى التثبت من تراضى الإرادتين بحيث يكون الدائن راضيا بهذا الإلتزام ولم يكن يتطلب تأمينا عينيا حالا .

وهذا الفيد فقط يقر Schönwetter (ص ٣٩) هذا الحكم (٣) .

ثانيا .

لما كانت المادة ١٤ لا تقدم أى تقطع إرنكاز في افتراض الإرادة غير الحقيقية ،

١) H.R.R. 1929, Nr. 2073

٢) JW. 1929/70

٣) Finger ص ٧٦ ، Schönwetter ص ٣٧ ، Küntzel ص ٢٥ .

لهذا يجب الآن التساؤل عما إذا كان الغرض العملي المقصود هو الوسيلة الوحيدة للثبوت من الإرادة الفرضية أو توجد عدداً ذلك وسائل أخرى للتعرف على هذه الإرادة ؟ .

ولا نجد في الفقه جواباً مباشراً عن هذا السؤال . فيقال عموماً ، أن الغرض المقصود بالتصرف هو - في المحل الأول - الفیصل في افتراض الإرادة غير الحقيقية (١) ، أو أن جميع الظروف التي تكون نتيجة في استخلاص الإرادة الفرضية ، يجب إدخالها في الحساب ، أي قبل كل شيء ، المفاوضات الأولية الاحتمالية بين الطرفين ، ونواياهما ، وحقيقة واقعة الحال ، وكذلك إرادتهما الحالية ، إذ لو أراد أحد الطرفين التحول الآن فيمكن عموماً افتراض أنه كان يريد في ذلك الحين أيضاً (٢) .

أو كما تقول Weill (٣) في وضوح ، أنه يجب في الكشف عن الغرض المراد من الطرفين ، إدخال كافة العناصر الفردية في الاعتبار بطبيعة الحال ، بحيث يكون هذا الإنشاء Konstruktion موضوعياً وفردياً objektiv u. individuell نفس الوقت .

وهذا يعني أن تكوين الإرادة الفرضية لا يقوم على الغرض المقصود فقط ، وإنما يقوم كذلك على كافة الظروف الأخرى التي قارنت بإنشاء التصرف الباطل . وهذا يؤدي إلى أن يكون التحول كذلك جائزاً ، إذا تحقق بالتصرف الثاني غرض مختلف تماماً عن ذلك المقصود بالتصرف الباطل ، إذا برزت الظروف المقارنة للتصرف الباطل افتراض الإرادة التصورية .

ولكن هؤلاء الكتاب لا يفهمون بمبدأ بأي حال ، وإنما يتقيدون فيستكملون ألا ينتهي التصرف الثاني على أي حال إلى غرض يقع في اتجاه آخر غير غرض التصرف الباطل (٤) .

(١) كذلك RG. Wirtz, 1917, Nr 79 .

(٢) Fischer من ١٨ ، فون Finger من ٧٦ ، Staudinger م ١٤٠ ملاحظة Schönwetter من ٢٧ .

(٣) من ٧٢ .

(٤) كذلك Schönwetter من ٥٣٩ ، Bichmann من ١٩ ، Rutenbeck من ٥٧ من نفس الرأي رغم أنه يسلم بأن مثل هذا القيد لا يمكن استخلاصه من نص المجموعة المدنية .

وهذه الطريقة المحذرة من جانب الفقه في التعبير ، يمكن تفسيرها ، كما فعل Künzel (ص ٢٥) . بأن هذا الافتراض لا يكون قائماً على أساس إذا كانت العبرة لدى الطرفين بالوسيلة أكثر منها بالفرض ، إذ يكون التحول في هذه الأحوال ممتنعاً . حقيقة أنها لا تؤدي صراحة إلى تقييد الافتراض بحيث يتعقد بالفرض وحده (١) . ويدين Manigk (Arch. ص ٥٣٠) أن الظروف التي يجرى ذلك الاستبقاء على أساسها ، لا تنتمي بصفة عامة إلى رافعة الإعلان وإنما تقع في الحقيقة خارج نطاقه .

ويتهى Künzel (ص ٢٩) في وضوح إلى هذه النتيجة ، ويضيف إلى ذلك أن وضع قيد مطلق ، على افتراض ما كان يراد عند العلم بالبطلان ، غير ممكن ؛ إذ أنه لا يجد سنداً في نص المادة ١٤٠ . فالفرض العمل المستخلص مباشرة من عملية إنشاء التصرف الأول هو — عند عدم وجود تقط لإرتكاز أخرى — المعيار الفاصل الوحيد في الحكم . ولافتراض أن المتعاقد كان قد يريد كذلك أثراً آخر أيضاً غير ذلك المستخلص من إنشاء التصرف الأول ، يجب أن تتوافر في كل مرة ظروف خاصة تؤيد ذلك (٢) . فتحقيق غرض اقتصادي مشابه عن طريق التصرف الجديد إنما يقدم إستدلالاً (موجهاً) Indiz فقط يتلبس منه افتراض الإرادة التصورية ، عند عدم توافر تقط ارتكاز مباشرة أخرى .

ثم يقدم بعد ذلك المثل التالي ، تفاوض شخص بشأن الاستخدام على مركب وفي نفس الوقت بشأن الحصول على تذكرة سفر على نفس المركب لرحلة بحرية طويلة ، وعالج حالة ما لو لم يتم عقد الاستخدام . فإذا أبرم عقد الاستخدام وتبين فيما بعد أن هذا العقد باطل بسبب تحريم قانوني للاستخدام ، فإنه لا يمكن فقط افتراض أن عقد النقل كان قد يراد ، بل إن هذا ثابت على وجه الإيجاب positiv . والعلم بالمفاوضات الخاصة مع مكتب السياحة يبرو هذا الافتراض ، الذي لا يمكن إطلاقاً استنتاجه من المفاوضات الخاصة بعقد الاستخدام . فلو كان التحول هنا

(١) لا يكون ذلك في الحقيقة قيداً إذا وضع الأمر على فرض التصرف عموماً مثل ضمان الحصول على غرض مالي (Manigk, Arch.) أو كسب نفود (Volkmann ص ٢٩٩) .

(٢) كذلك Fischer ص ٦٣ .

متنهما ، فسوف يرجع ذلك فقط إلى أن عناصر التصرف الجديد لم تتوافر ، وليس إلى أنه لم يكن يمكن افتراض أن الرحلة كانت قد تراءت .

وعلى أى حال فإن Wiechell^(١) يمتنع على هذا الرأى ، ويقول أنه إذا كان الغرض العملى المستخلص من إبرام التصرف الباطل باعتباره مقصودا ، لا يختلف عن ذلك الذى يمكن تحقيقه عن طريق التصرف الآخر اختلافا كبيرا بحيث يجب الكلام عن آثار أخرى تماما ، فإن ذلك يكون مناسبة للقول ، بأن إرادة الطرفين التى تحيط فى مضمونها بالغرض العملى كذلك ، كانت تختار ذلك التصرف الثانى أيضا عند التكوين القانونى Rechtskonstruktion ، لأنه يقدم إمكانية تحقيق الغرض العملى بأكمله أو على أكبر قدر يمكن على الأقل ، عن طريق قانونى آخر . ففقط البدء دائما — وفى هذه الحدود فقط يمكن وضع أساس عام فى افتراض الإرادة — هى أى زيادة سلطة Machtzuwachs كان الطرفان يكتسبانهما لو أن التصرف الأول كان صحيحا وأى يكتسبان عن طريق التصرف الجديد ، وما إذا كانت هذه فى صورتها المحددة والتى يحتمل أن تكون ، بل هى فى أغلب الأحوال ، مختلفة عن تلك الناشئة عن التصرف الأول توافق إرادتهما كما كانت قائمة عند إبرام التصرف الأول والتى اتخذت صورتها القانونية فيه . أما الغرض العملى للتصرف الجديد الذى يختلف تمام الاختلاف فلن يبرر الافتراض . ثم يعترض على المثل المقدم من Kantzel ويقول أنه من الثابت إيجابيا positiv أن المتعاقد كان قد يريد بدلا من عقد الاستخدام عقد النقل ، ولكن المادة ١٤ لا تسرى هنا . إذ يجرى هنا تصرفان مستقلان أحدهما عن الآخر كل إلى جانب الآخر ، خاصة وأنه لا يمكن أن يستنتج من التصرف الباطل ، الإرادة المطلوبة للتصرف الثانى ، التى أصبحت عن طريق الغرض العملى موضوعية objektiviert ، ولا يجوز الذهاب إلى هذا الحد فى إقامة الإرادة الفرضية بالرجوع إلى الأركان الذاتية والموضوعية . فاكْتساب الشخص زيادة سلطة لنفسه أو لشخص ثالث بصدد عقد استخدام أو رحلة هو طبقا للنظرة العملية نفسها شئ مختلف تماما . لهذا فإن الغرض العملى المختلف هنا تماما ، ينفي الافتراض ، فيظل التصرف باطلا^(٢) .

(١) من ٦٩ — ٧٢ .

(٢) إذا ظل الغرض العملى قائما فى هذه الحدود عند النظرة المقارنة ، فإن الافتراض يكون =

أما في رأينا ، فإن مثل Kuntzel هذا يجب أن يظل بالنسبة لهذا البحث ، خارج الاعتبار ، لأن التحول يتمتع فيه ، بسبب تخلف الشروط الموضوعية .

ويلاحظ v. Brasch (١٦٥) أن الفرض العملي وحده لا يكون كافيا لكشف الإرادة الفرضية . وذلك أنه حتى الفرض المتحد نفسه أو المشابه لا يستبقى إلا إذا لم تعترضه الإرادة الحقيقية (١) . فلا يمكن أن يستخلص من الفرض الاقتصادي باعتباره كذلك ، أى تغيرات يجيزها دون أن يتعد عن نطاق مصلحة الطرفين اللذين قصدها أو يتعداها . يضاف ، إلى ذلك أنه فضلا عن الأغراض الاقتصادية ، فثمة أغراض مثالية ideell أيضا يتعين مراعاتها . وبهذا يتضح أن كل الطرق لتطبيق المادة ١٤٠ دون رجوع يقيى إلى مصلحة الطرفين ، فظل ناقصة . ومن هذا النظر يصل إلى نتيجة هى أن الإرادة الفرضية إنما يتوصل إليها عن طريق المصلحة والإرادة الحقيقية معا . فالمصلحة هى العامل المشترك بين الإرادة الحقيقية والإرادة الفرضية ، والعنصر الذى أى الإرادة غير الحقيقية هو المصلحة نفسها . وهذه تثبت منها فى كل حالة فردية بتقويم Wertung عامل المصلحة . والبحث عن العنصر الذى يمكن صياغته فى السؤال الآتى : بم كانت العبرة لدى الطرفين عند إبرام التصرف ؟

هذه المصلحة تشتق من الإرادة الحقيقية . فالطرفان قد بينا بوضوح أن الفرض المقصود لم يكن واقعا فى مضمون مصلحتهما فقط ، بل أراداه حقيقة كذلك ،

فأعما على أساس . فالإرادة قد أصبحت بالفرض موضوعية objektiviert لهذا يبحث عنها فى الفرض فقط . فالقاضى عليه أن يكشف الاتجاه الذاتى subjektiv لإرادة الطرفين وأن يكون رأيه فيه (فى الاتجاه الإرادى الذاتى) طبقا للفرض النهائى العمل من وجهة نظر شخص آخر موضوعى . والقضاء يرى دائما أن التصرف « الآخر » لا يجب أن يحقق غرضا مختلفا تمام الاختلاف . وبين هذا أن كل الأحكام التى أجازت التحول تعالج دائما حالة فرض واحد أو مشابه لا حالة فرض مختلف تماما . ويذكر هنا الأحكام : RG. JW. 1924 / 1360 ؛ RG. JW. 1910 / 467 ؛ RG. 36 / 176 ؛ 82 / 277 ؛ RG. 121 / 85 ؛ RG. 104 / 122 ؛ Warn. 1910. Nr. 317 ؛ RG. JW. 1910 / 801 ؛ RG. Seuff. A. 79. Nr. 81 ؛ RG 110 / 391 ؛ 124 / 28 ؛ 121 / 111. (١) ولهذا يعتقد أن سبيل الإرادة الفرضية لا يصدر عن الفرض العملي وحده ، وإنما كذلك وفى نفس الوقت عن الإرادة الحقيقية أيضا ، فالفرض العملي وحده لا يدخل فى اعتباره إلى أى حد اتجهت مصلحة الطرفين إلى غرض مشابه أو ما إذا كانت هذه المصلحة قد استغندت فى التصرف المراد .

وفي الواقع أنهما أراداه ولو في تحقيقه العمل على الأقل ؛ وإلا لم يكن ثمة محل لتطبيق المادة ١٤٠ . أما الإرادة الحقيقية هنا فليست هي الإرادة المتعلقة بالتصرف وإنما الإرادة الواقعية للطرفين. فمثلا تصرف يريد مبرماه تحقيقه وبحققانه فعلا ، ولكنه باطل قانونا بسبب عدم صحة الإرادة قانونا مثل بيع السوق السوداء . فالفقه والقضاء يعتبران الإرادة الواقعية (مثلا الواردة على تنفيذ غرض باطل قانونا ولكن يمكن تحقيقه عملا ، كما في بيع السوق السوداء) كأنها منعدمة ، وعلى ذلك ينظران إلى الاتفاق الذي لا يكون الغرض قد اتخذ فيه طابع التصرف القانوني باعتباره عدما Nichts ولهذا غير صالح التحول . ويعتبر v. Brasch أن هذا الرأي ليس فقط متعارضا مع غرض الحماية في التحول بل وأنه كذلك غير منطقي (١) .

فإذا كان من اللازم ضمان مصلحة المتعاقدين ، فيجب لحص شرط الإرادة بالذات في التصرف الأصلي بعناية خاصة . فلكشف نطاق المصلحة ، يجب أن تكون إرادة التنفيذ العملي موجودة ، ولكنها كافية كذلك . ولكن v. Brasch نفسه يعتقد في موضع آخر (ص ٦٣) أنه عندما يكون الغرض معتقلا تماما ، فإن التحول يكون ممتعا .

ونحن نرى أن التعرف على الإرادة غير الحقيقية ، على أساس الغرض العملي وحده لا يكون كافيا في هذا الكشف . فهذه الإرادة يجب البحث عنها في واقعة التصرف الباطل ؛ وينتمي إلى هذه الواقعة (واقعة التصرف الباطل) جميع الظروف المقارنة الأخرى كذلك . فإذا كانت الإرادة الحقيقية لا يمكن تطبيقها

(١) إذ أن القصد الوارد على التزام مستحيل هو من حيث مذهب المبادئ غير ممكن ، غير موجود ؛ فالرأى هو في الواقع المستحيل . لهذا فإن الانعدام لا يتوقف على ما إذا كان الطرفان يعتبران التصرف صحيحا أولا . ويصف القانون مثل هذا التصرف كما يصف تماما القصد الممكن — من حيث فقه المبادئ — ولكنه مخالف للأدب أو لئس يحرم بأنه « باطل » . وقد قضت المحكمة العليا للدولة (JW, 1926/1360) بصدد مثل هذا القصد : إعادة شراء شيء مملوك لنفس الشخص ؛ وأكدت انطباق المادة ١٤٠ (على هذه الحالة) باعتباره ضروريا وممكنا ؛ وأجازت التحول إلى تصرف مكتمل الصفة هو عقد لإنهاء البيع السابق . وهنا يبدو مرة ثانية أن الفكرة العامة للبطلان كما تتضمنها أيضا المادة ٣٠٦ رغم أنها في هذا السياق لها معنى الانعدام ، كافية في تطبيق المادة ١٤٠ .

على التصرف الجديد ، إلا أنه يجب إدخالها في الاعتبار عند الكشف عن الإرادة غير الحقيقية . فالفرض العمل والإرادة الحقيقية وكافة الظروف المقارنة الأخرى ، يجب الإفادة منها لبناء تصور الإرادة .

الفصل الثاني والعشرون

حالات يمتنع فيها التحول بسبب ركن الإرادة

لما كانت الإرادة الفرضية إنما تبني من ألقاض التصرف الباطل ، على أساس الفرض العمل والإرادة الحقيقية ، وواقع الحال الحقيقي ، ونوايا الطرفين التي تقوم على أساس يبررها ، وكل الظروف المقارنة الأخرى الممكنة والقائمة على أساس ، فإن التحول يتغلق إذا كان التصوير ليس له بعد ما يبرره .

١ — إذا كان الطرفان قد أرادا التصرف الباطل بصفة مطلقة ليس فقط كوسيلة إلى غرض وإنما كغرض نهائي ، فيكون التحول ممتنعا ، إذ تكون العبرة لديهما بهذه الوسيلة القانونية المعنية ، فيكونان قد بينا بذلك أنهما أرادا هذا الطريق فقط ولم يريدوا أى طريق آخر . فهما قد أرادا إما التصرف المقصود فقط وإنما لأشئ إطلاقا .

لهذا لا يمكن أن يتحول الوعد بالهبة إلى إيصال ببعض المال Vermächtnis إذا كان الواهب أصدر الوعد ، ليس لفعل الخير كما ثبت ، ولكن طلبا للشهرة فقط باعتباره جامعا للفنون والآداب (١) .

ولا يمكن استبقاء الكيالة الباطلة باعتبارها سند دين تجارى ، إذا كان الساحب قد أراد إنشاء كيالة فقط بسبب الآثار الفردية للكيالة مثلا (٢) .

(١) كذلك Oertmann م ١٤٠ ملحوظة ٢ ب .

(٢) Schönwetter س ٣٥ ، Finger س ٧٥ .

وهكذا أيضا حكم المحكمة العليا للدولة^(١) القاضي بأنه إذا كان قد صدر إلى جانب السكيبالة أو الشيك ، سند دين كذلك ، فيجب التسليم بأن المقصود بالذات هو إنشاء كيبالة أو شيك فقط ، فيكون تحول السكيبالة أو الشيك ممتنا^(٢) .

وقد رفضت المحكمة العليا للدولة (RO. H.R.R. 1927) تحول عقد توريث باطل إلى عقد وارد على تركه شخص ثالث في معنى المادة ١٢٧٢ ف ٢ ، متى كانت العبرة لدى الطرفين بصفة حاسمة هي عدم قابلية تصرفات الإرادة الأخيرة letztwillige Verfügung للرجوع (مواد ٢٢٩٠ ، ٢٢٩١) . إذ أن هذا الغرض يمكن تحقيقه عن طريق عقد التوريث فقط وليس عن طريق عقد طبقا للمادة ١٣٢ ف ٢^(٣) .

ويتعين هنا الإشارة كذلك إلى حكم المحكمة العليا لبافاريا Bay. Ob.L.G. في القضية^(٤) التالية : كان المورث ك قد قرر لشخصين معينين في الوصية المسماة بوصية القرية^(٥) Dorf testament التي كانت باطلة بسبب تحلف التاريخ ، مبالغا كان قد سبق أن أعطاهما إياها باعتبارها قرضا . أما تحول الوصية الباطلة إلى إبراء مزعوم من الدين ، فقد رفض لأسباب من بينها أن المدعى ، طبقا لرأى

(١) "Recht." 1911. Nr. 1507

(٢) فان Schönwetter ص ٣٦ .

(٣) فان Finger ص ٧٠ ، Schönwetter ص ٣٦ .

(٤) Seuff. Bl. f. R. An. 70/581

(٥) - ترجمة) وصية القرية Dorf testament هي وصية غير عادية - ausserordentliches T. يتم إنشاؤها طبقا للمادة ٢٢٤٩ أمام الحاكم الإداري (الصدة) لقرية أو المحي التي يوجد فيها الموصي وبحضور شاهدين ؛ ومن هنا اسمها وصية القرية أو وصية المحي Dorf-oder gemeinde T. . وسبب إجازة هذا الشكل في إنشاء الوصية هو حالة الضرورة من خوف موت الموصي قبل أن يتمكن من الإدلاء بوصيته أمام القاضي أو الموثق . وهي تعتبر وصية في الشكل الرسمي كذلك التي يتم أمام القاضي أو الموثق . وهي تصح المدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر من تاريخ إنشائها إلا إذا توفى الموصي خلال هذه المدة فتصح نهائيا (م ٢٢٥٢) ؛ إلا إذا استمر المانع فلما التي يحول دون إجراء الوصية أمام القاضي أو الموثق (مثلا انتشار وباء ومنع الخروج أو الدخول من القرية أو المدينة أو المحي) . وهذا النظام مستمد من الوصية الرومانية test. ruri. conditum ويقابله النظام الأخوذي في القانون العمومي لدولة بروسيا Pr. ALR. I. tit. 12. § 93 ff. والمادة ١٧٤ من قانون نابليون .

المحكمة ، إنما أراد أن يعطى المستفيدين شيئا على سبيل الوصية فقط . فالمرث لم يختار الطريق البسيط وهو الإبراء من الدين ، بل إنه أكثر من ذلك وضع مدينيه فى القرض موضع ووثته وأصدر إليهم تصرف الإرادة الأخيرة ، مما يترتب عليه أنه أراد إعطاء Anordnung بسبب الموت فقط (١) .

٢- إذا كان الطرفان كان فى نظرهما حين أصدرتا إعلانهما واقعة معينة فقط ، وبالنظر إلى هذه الواقعة فقط وبالذات صدر الإعلان ، ولكن كانت هذه الواقعة لا تطابق الحقيقة فإن افتراض الإرادة التصورية يكون حينئذ من الصعب جدا تبريره . فالتحول ليس بمنتهى فى أساسه ، ولكن تكوين الافتراض هو فقط الذى قد يتعدى . مثلا أبرم الطرفان مع بعضهما مشاركة زواج مالية ، ثم أعلن بطلان الزواج ؛ فلا يمكن أن تظل مشاركة الزواج المالية قائمة باعتبارها عقدا متعلقا بالمدائيات ، لأن الطرفين لم يكونا ليبرما عقدا كهذا إطلاقا ، إذا لم يكونا يصدران عن اعتقادهما أنهما يعيشان معا فى زواج صحيح (٢) .

٣- ولا مكان للتحويل أيضا ، إذا أمكن افتراض أن الطرفين لم يكونا عند العلم ببطلان التصرف المقصود ، ليركاه عند هذا البطلان وإنما كانا يبرمان عقدا جديدا (٣) . ولكن يجب إثبات أن الطرفين ، أزالا حقيقة إنشاء تصرف جديد .

هذا المبدأ ولو أنه صحيح فى ذاته إلا أنه بالغ الخطورة وقد يؤدى إلى وضع قيد على المادة ١٤٠ لا يمكن تبريره إطلاقا : وذلك فى التصرفات الباطلة شكلا ، عند الأخذ بوجهة النظر هذه ، من أن الطرفين كانا عند العلم بالبطلان يعيدان إبرام التصرف نفسه فى الشكل الصحيح (٤) .

(١) ولا تقوم حجة بسبب الموت لتخلف الشكل المطلوب فى المادة ٢٣٠١ ف ١ . فى هذا المعنى أيضا الأحكام التالية للمحكمة العليا لدولة RG. Seuff. A. 80. Nr. 135 . RG. Warn. 1917. Nr. 79 . RG. 48/231 .

: قارن RGR. Komm. ١٤٠ م Planck ، ١٤٠ م Schönwetter من ٣٦ ، Bichmann من ٢٠ ، Oertmann ١٤٠ م Finger من ٧٥ .

(٢) Finger من ٧٥ .

(٣) كذلك RG. Warn. 1928. Nr. 8 .

(٤) كذلك Finger من ٧٦ ، Schönwetter من ٣٦ .

٤ - ثم إن التحول يتفلق كذلك إذا كان التصرف الباطل ، من هذا النوع من التصرفات التي لا يمكن أن يوجد تصرف آخر يحل محلها ، مثل عقد زواج باطل ، أو تبني باطل (مواد ١٧٤١ ، ١٧٧٢) .

ولكن ما رأته المحكمة العليا للدولة RG^(١) من أنه إذا دار الأمر في التصرف الثاني حول نظام قانوني غير معروف وتطبيقه في العمل قليل أو نادر ، فيمتنع التحول ، فإن هذا الرأي غير صحيح . ولهذا فقد رفضت تحول كنبالة باطلة إلى إنابة تجارية بحجة أنه لا يمكن افتراض أن الطرفين قد فكرا في تصرف غير مستعمل كهذا ، وأنهما كانا يعتقدانه . وهذا قد يعوق التحول إذا قامت أدلة قاطعة تبين أن الطرفين ما كانا ليرما مثل هذا التصرف غير المستعمل إطلاقا . ولكن من غير الصحيح رفض التحول لمجرد أن الطرفين لم يعرفا هذا التصرف أو لأنه نادر الاستعمال . فهذا لا يمكن أن يعوق التحول لأن غرض المادة ١٤٠ هو بالذات مساعدة المتعاقدين غير العالمين بالقانون^(٢) .

الفصل الثالث والعشرون

وضع الإرادة الفرضية طبقا للنظريتين

الإرادة والإعلان

إن تقرير الغرض المقصود بالتصرف الباطل وماذا كان يراد عند العلم بالإعلان يجب بحثه الآن من وجهة نظر كل من نظريتي الإعلان والإرادة .

فطبقا لنظرية الإعلان Erklärungsst. يبحث القاضي في الإعلان الباطل الذي صدر ، وحده عن تكوين التصور . فقد بين المتعاقد بهذا الإعلان إرادة

(١) RG. JW. 1930/1376

(٢) Schönwetter من ٢٢

فرض معين قانونى أو اقتصادى ، يفحصه القاضى ثم يحكم طبقا له . ولما كان هذا الفرض يمكن تحقيقه بالتصرف الثانى كذلك فيفترض أن هذا الفرض كان قد يراد عند العلم بالبطلان . فإذا لم يمكن أن يستخرج من الإعلان نفسه أن المعلن كان يريد شيئا آخر فى حالة ما لو كان قد علم ببطلان إعلانه ، فإن الزعم بأن المعلن كان قد يريد شيئا آخر عند العلم بالبطلان ، يكون غير مقبول . فالإعلان الباطل والإرادة الموضوعية المستخرجة منهما هما الفصيل فى الحكم فيما إذا كان التصرف الثانى كان يراد .

أما طبقا لنظرية الإرادة Willensst. فسوف يستخرج كذلك من الإعلان، أن المعلن أراد هذا الفرض أو ذلك . ولكن هذا وحده لا يكفي ، إنما يجب الكشف عن الإرادة الحقيقية ، ثم محاولة التثبت بعد ذلك عما إذا كان المعلن كانت ستظل لديه هذه الإرادة قائمة لو كان قد علم ببطلان إعلانه . فيضاف الى ذلك مجموع الظروف التى أحاطت بظهور الإعلان . ويوضح ذلك تطبيق ما تقدم على المثل التالى : أبرم قاصر عمره ١٧ سنة عقد توريث ، تبين بطلانه بعد وفاته .

فطبقا لنظرية الإعلان يقول القاضى لنفسه ، أن المعلن أراد عن طريق عقد التوريث أن يوجه إعطاء إرادة أخيرة للشخص letztwillige Zuwendung . ولما كان نفس الفرض يمكن أن يتحقق كذلك بتصرف الإرادة الأخيرة ، فيستبقى عقد التوريث الباطل باعتباره تصرف الإرادة الأخيرة . فإذا أراد الورثة الشرعيون الاعتراض بأن إرادة المورث الحقيقية كانت سوف تكون شيئا آخر ، لو كان قد علم بالبطلان فسوف يأبى القاضى ذلك عليهم بحجة أنه : لا يستتبع من عقد التوريث وهو العلامة الخارجية للإرادة ، مثل هذه الإرادة .

أما طبقا للنظرية الإرادة ، فسوف يقول القاضى لنفسه على عكس ذلك : الظاهر vermutlich . أن المعلن أراد بعقد التوريث أن يوجه هذا الإعطاء أو ذاك . فإذا لم يرق فى طريق ذلك أى اعتراض ، أمكن افتراض أنه كان قد يريد نفس الفرض بتصرف الإرادة الأخيرة كذلك ، ولهذا يصح تصرف الإرادة الأخيرة . ولكنه سوف يعير ما قد يعترض به الورثة الشرعيون اهتماما من أن ما وجهه المورث فى عقد التوريث من إعطاء قد آله ولكنه لم يرد الرجوع فى عقد

التوريث هذا لسبب واحد فقط ، هو أنه لم يرد أن يفسد علاقته بالمتعاقد الآخر ، وسوف يحكم طبقا لذلك ولن يكتفى بالإعلان وحده .

أما المادة ١٤٠ فتتعلق بمتعلق هذا الرأي الآخر إذا أنها تقول ، وإذا افترض أن صحته كانت قد تراء عندالم بالبطالان . لأنه لو كانت المادة ١٤٠ تأخذ بوجهة النظر الأخرى لكان يجب أن يكون نصها : « إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر ، صح التصرف الآخر » . إذ أن الإرادة القانونية أو الاقتصادية تستخرج من التصرف الباطل نفسه فعلا ، وبذلك كانت تتوافر دون شك الإرادة اللازمة للتصرف المحول . وهذا بالذات هو ما لا يريده المشرع . وإنما في حالة ما إذا وافق تصرف باطل عناصر تصرف آخر ، فإنه يأمر القاضي بأن يبحث ما إذا كان المتعاقد كان يريد كذلك هذا التصرف الآخر عند العلم بالبطالان وما إذا كان كذلك قد استهدف نفس الغرض القانوني أو الاقتصادي (١) .

فالمادة ١٤٠ تقوم إذن على نظرية الإرادة . ولهذا أمكن Kuntzei (٢) أن يقول أن نص المادة ١٤٠ لا يقسق ونظرية الإعلان .

أما الفقه المصري (٣) فيصدر عن وجهة نظر مقتضاها أن نظرية الإرادة تتطلب إرادة احتياطية بينما تكسني نظرية الإعلان بانعدام الإرادة العكسية والنظريات الموقفة (وطبقا لرأيهم تأخذ بها مجموعة القانون المدني الألماني) إرادة احتالية . وأما هذا الفهم غير السليم لنظام القانون الألماني فيقوم على التراجم الفرنسية الخاطئة للقانون الألماني .

(١) تارن Voss من ٤٩ وما بعدها ، Ruttenbeck من ١٠ وما بعدها ،

Wiechell من ٢٥ .

(١) من ١٩ .

(٢) بهجت بدوي من ٤٩٠ وما بعدها ، الشوروي المصادر من ٣٠٠ .

الجزء الثالث

الفصل الرابع والعشرون

آثار التحول

إذا ما استوفيت أركان التحول المختلفة المبينة فيما سبق ، فإن التصرف الجديد يكتسب الصحة . وتقول ذلك المادة ١٤٠ في وضوح د يصح الآخر
* so gilt das letztere

١ - أما صحة التصرف الجديد فتقع بقوة القانون ، لا لأنها تقوم على إرادة الطرفين الحقيقية . لهذا أيضا فإن رأى Windscheid غير صحيح عندما يتكلم عن ناحية غير ظاهرة من التصرف الباطل ؛ إذ أن التصرف الثاني له نشوء مستقل ووجود مستقل وصحة خاصة به ، فصحته يقررها القانون مباشرة ولا تستند إلى الإرادة المتجهة إلى التصرف الباطل^(١) .

فالتحول يتم إذن بقوة القانون ipso iure . فالقاضي لا يقوم من تلقاء نفسه بتشكيل التصرف الباطل إلى الآخر ، وإنما يجب أن يحكم بالتحول إذا توافرت الشروط المطلوبة لذلك . لهذا يكون من الخطأ الكلام عن تحول قضائي ، لأن صحة التصرف الجديد تستند إلى القانون مباشرة ؛ وإنما الفصل في توافر شروط المادة ١٤٠ وخاصة الشروط الذاتية فيتعلق بتقدير القاضي القائم على واجبه القانوني^(٢) . لهذا كانت كل التعريفات والتحديدات والصياغات التي اقترحت لنظام التحول ليست بكافية ولا دالة .

(١) فون Schönwetter من ٣٥ ، Finger من ٨ ، ٢٨ ، Wiechell من ٢٥ ،
Well من ٣٩ ، Rutenbeck من ٦٧ ، Bichmann من ١٢ ، v. Brasch من ١٢٣ ،
Siller من ١٨٥ ، Fischer من ١٦ .
(٢) RGR. Komm. § OLG. Frankfurt L. Z. 1907/575 م ١٤٠ .

٢ - وقد قرونا أن آثار التحول تقع بقوة القانون والحكم الذى يقضى بالتحول ليس منشأ وإلما هو مقرر . أى أن الحكم ليس هو الذى يبدأ بإعمال التحول ، وإلما هو يقرر فقط فى الحالة الفردية أن التحول قد تم (١) . لهذا فإن ذلك الذى يتسك بحق على أساس التصرف المحول يستطيع دون تردد أن يقاضى بناء على التصرف الجديد ، وإلما فقط بشرط أن يقتنع القاضى طبعاً بتوافر أركان التحول .

٣ - ويقع التحول كذلك حتى ولو كان هذا الطرف أو ذاك لا يريد التحول الآن (٢) .

٤ - والواقع أن أثر تحول التصرف الباطل يقع فى وقت إبرامه . فالتصرف الجديد يحمل تاريخ التصرف المراد أصلاً . أو بعبارة أخرى ، فإن التحول ينتج أثره بأثر رجعى ex tunc وليس بأثر حال ex nunc . وحتى Satta (ص ٨٣) الذى أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامة ، فقد سلم بأن التحول يقع بصفة عامة بأثر رجعى ، حتى وإن كان قد جعل الأثر الرجعى لنتائج التحول معلقاً على الأثر الرجعى للبطان ، فإنه لم يأت فى هذا بشئ جديد . فعقود المدة التى يقول أن التحول يعمل بالنسبة لها بأثر حال لأن البطان يعمل فيها بأثر حال كذلك ، لا تكون استثناء من تلك القاعدة . فإن طبيعة هذه العقود بسبب أهمية الزمن باعتباره الركن الجوهرى فى الوفاء بالالتزامات ، تجعل الأثر الرجعى للبطان من الصعب تصويره ، لأن رد الالتزامات الموفاة يكون متعذراً بسبب مريان الزمن إن لم يكن قد أصبح مستحيلاً . أما البطان فيعمل هنا فى الحقيقة بأثر رجعى أيضاً ، إلا أن هذا الأثر الرجعى للبطان سوف تنوقه طبيعة الالتزامات إلى حد ما . ولكن هذه الواقعة لا تقيم استثناء من القاعدة الأساسية فى الأثر الرجعى لإعمال البطان . ولهذا فإن التحول يعمل هنا بأثر رجعى كذلك . ولكن نظراً للصعوبات العملية فى رد الالتزامات الموفاة فعلاً ، فإن لإعمال ذلك المبدأ عملاً يكاد يكون متعذراً .

٥ - فالتصرف الجديد يحمل بأثر رجعى محل التصرف الباطل ويصح دون

(١) فارتن Rutenbeck ص ٦٧ .

(٢) RGR, Komm. م ١٤٠ .

أن يحتاج إلى عمل جديد من جانب المتعاقد ، إذ أنه هو الرابطة الوحيدة التي تقوم الآن بين الطرفين . وإنما يمكن إنهاؤه أو تعديله عن طريق اتفاق عكسي فقط *contrarius consensus* ، إذ في ذلك أيضا يسرى المبدأ : الاتفاقات ملزمة *Pacta sunt servanda* ^(١) . فهو يصح إذن كأي تصرف عادي أريد وكان صحيحا من الأصل ، لأن الإرادة الفرضية للطرفين التي تثبت الآن للتصرف الجديد تصبح ملزمة لهما .

٦ - وصحة التصرف الجديد لا تسرى بين المتعاقدين *inter partes* فقط ، بل تسرى كذلك في مواجهة أى شخص ثالث ، كما يبين ذلك المثل الآتي : إذا كان عقد توريث ملزم لجانب واحد فقط باطلا لقصر أحد الطرفين ثم تحول إلى وصية ، فإن الورثة أو الموصى إليهم ببعض المال *Legat* في وصية سابقة لا يستطيعون أن يستندوا إلى بطلانه (عقد التوريث) ^(٢) .

٧ - والطرف الذي يتمسك بالتحول لا يتحمل عبء إثبات وجود شروطه ^(٣) . إما اللازم إذن فقط هو ضرورة اقتناع القاضي دائما بتوافر هذه الشروط في الحالة الفردية . وعلى أى حال فإن *Siller* (١٨٧) يعتقد أن ذلك الذي يتمسك بالتحول يكون ملزما بالإثبات . ولكن يضيف إلى ذلك أنه قد يكون من المعقول إلقاء عبء الإثبات بالنسبة لظروف خاصة تؤدي إلى استبعاد التحول - الذي يبدو في ذاته مرجحا - على أساس عنصر الإرادة الخاص في المادة ١٤٠ ، على من يتمسك ضده بالتحول .

٨ - ولما كان التصرف الجديد يصح بقوة القانون ، فمن الواجب على القاضي مراعاة إمكان التحول في الدعوى من تلقاء نفسه *von Amts wegen* . ومن الطبيعي أن ذلك شأن الطرفين ، أن يقدم للقاضي مادة حكمه ، ويجب أن يضعها أمامه الوقائع التي ينتج عنها أن التحول يكون له مجال في الدعوى ^(٤) .

ولكن *Siller* (ص ١٨٥) ينقح إمكان أن يعمل القاضي التحول من تلقاء

(١) فارت *Weil* ص ٤٠ ، *v. Brasch* ص ١٢٨ .

(٢) المثل من *Weil* ص ٤٠ ، كذلك *Satta* ص ٨٤ .

(٣) *Michaelis* في قانون الشيك *Scheck G.* بند ١٠ ص ٤٠ .

(٤) حكم المحكمة العليا للدولة *RG.* صادر في ٣٠/٥/١٩٠٥ ، *RGR. Komm.*

Bichmann ص ٢٦ ، *Finger* ص ٧٨ ، *v. Brasch* ص ١٢٣ .

نفسه ويحتج لذلك : بأن التحول إنما يخدم في الحل الأول حاجة المتعاقد ، ولذلك فإن لإعماله ضد إرادة ذلك الذي كان من الواجب أن يساعده ، سوف يتعارض مع هذا الفرض . ولا يلزم في رأيه أن يكون التسك بالمساعدة القانونية عن طريق التحول صريحاً . ثم يستند كذلك إلى المادة ١٣٩ من قانون المرافعات ZPO . ولكن هذه الحجج ليست صائبة . فالفصل في التحول هو إرادة الطرفين (الفرضية) وحدها وقت إنشاء التصرف الباطل ، وكل إرادة لاحقة يجب أن تظل خارج الحساب . بل إن التحول يقع كذلك حتى إذا كانت هذه الإرادة اللاحقة موجبة ضد إعماله . فالأمر يدور — كما سبق القول — حول أمر ترميحي يتعين على القاضي أن يراعيه من تلقاء نفسه . والمادة ١٣٩ مرافعات تعالج واجب القاضي القانوني في إقامة الدعوى من تلقاء نفسه (التصدي) ، وهي لهذا بالذات لا تموت لإتمام التحول كما يفناه .

٩ — ويرى v. Brasch ^(١) أنه قد يكون من الجائز أن تكون الإرادة التصورية في التصرف الجديد قابلة للإبطال ، إذا استوفت (الإرادة) فيما عدا ذلك شرط المادة ١١٩ لأن الإرادة الفرضية تأخذ مكان إرادة حقيقية . وأما الاعتراض بأن إرادة التحول ليست إلا إرادة تصورية وأنه لا يوجد في الحقيقة إعلان إرادة متعلق بالتصرف القانوني ، ولهذا تغلق قابلية الإبطال ؛ لأن إعلانات الإرادة المتعلقة بتصرف قانوني هي وحدها فقط التي يمكن إبطالها ، فيجوز هذا الاعتراض غير صائب . فالتصور في المادة ١٤٠ يشابه ذلك النوع من التصورات ^(٢) كما في المادة ٦٨ ^(٣) التي تكون فيها العلاقة مزودة بآثار إعلان إرادة ذي مضمون محدد لأن مثل هذه العلاقة تكون كقاعدة عامة تعبيراً عن إرادة موافقة . وفي هذا النوع من التصورات تكون أهلية الأداء مطلوبة والإبطال جائزاً .

(١) ص ١٨١ وما بعدها .

(٢) فارن Lehmann ص ١٨٣ ، Tuhg ، ٧٠ ج ١/٢ ص ٤٢٥ .

(٣) — (ترجمة) م ٦٨ ، إذا استمر المستأجر في استعمال الشيء بعد انقضاء مدة الإيجار ، فتعتبر علاقة الإيجار قد امتدت لمدة غير معينة ، إلا إذا أعلن المؤجر أو المستأجر الطرف الآخر فوراً بإرادة عكسية في خلال ميعاد أسبوعين . وتبدأ المدة بالنسبة للمستأجر من استمرار استعمال الشيء ، وبالنسبة للمؤجر من الوقت الذي علم فيه باستمرار الاستعمال (فارن م ٥٩٩ مصري) .

فالتصرف الجديد يكون كذلك قابلا للإبطال إذا توافرت الشروط العامة لذلك . فالتحول إنما يساعد الطرفين ، إلى ذلك الذى أودا تحقيقه أصلا بوسائل معينة عن طريق إعلاناتهما ؛ وما يسقط هو فقط ذلك العائق الذى اعترض الفرض المعلن باعتباره مراداً ، وليس عيوب الإرادة الأخرى . فهذه يجب تبعا لذلك أن تلحق كذلك نتائج التحول وهو ما يجب اعتباره الآن طبقا للمادة ١٤٠ المراد بالذات منظورا إليه من الخارج . لهذا يؤكد إمكان تحول تصرف باطل إلى تصرف قابل للإبطال . فهذا يمكن أن يتحول مرة أخرى كذلك ولكن إلى تصرف تكون فيه الإرادة الحقيقية للبطل التى لم تراعى حتى الآن ، هى الأساس الآن فى كشف المصلحة أى فى التعرف على الإرادة الفرضية .

١٠ - وقد سبق أن أكدنا أكثر من مرة ، أن النص الوارد فى المادة ١٤٠ إنما يعبر عن أمر تشريعى ، وعلينا الآن إيضاح مسألة ما إذا كان هذا النص أمرا أم أنه كما يزعم بعض الكتاب نص مفسر .

إن التحول يقع إذا لم تعترضه إرادة وقت إنشاء التصرف الباطل ، ولكنه يقع كذلك ضد كل إرادة صريحة لاحقة ، فهو طبقا لذلك ليس نصا أمرا ، إذ أن الإرادة وقت إنشاء التصرف الباطل المقصود أصلا تستطيع استبعاد التحول . ولكنه ليس كذلك نصا مفسرا ، إذ أن الإرادة اللاحقة لا اعتبار لها فى تطبيق التحول .

فإعمال التحول يقوم فى الحقيقة على تصور تشريعى . فإذا توافرت الشروط اللازمة لذلك وقع التحول ضد إرادة الطرفين كذلك . ويسمى Mosco (ص ١٠٢) هذا النوع من النصوص بالقواعد المهيئة (١) dispositiv . وليس العبارة الآن بالتعريف الإصطلاحي مادام إعمال هذا النص التشريعى يجب إجراؤه على هذا الوجه .

(١) أى أنها تتطلب توافر شروط معينة إذا تسكملت انطبق الحكم التشريعى بصفة حتمية ولم يمكن استبعاده . فهى تنهى بهذه الشروط الفرصة لتطبيق الحكم .

الجزء الرابع

البَابُ الأوَّل

الفصل الخامس والعشرون

حالات خاصة للتحويل

بعد أن عالجنا المبدأ العام للتحويل نتناول الآن بعض حالات تستدعي طبيعتها الخاصة معالجة خاصة لها ،

١ - التصرفات المشروطة :

إن التصرفات المعلقة على شرط واقف أو فاسخ ، تصبح عند تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ غير صحيحة . ويقع عدم الصحة لأن الطرفين لا يريدان إطلاقا الارتباط فيما جاوز القيد المتضمن في الشرط ، ويريدان إبرام التصرف في هذه الحدود فقط . ولهذا فلا توجد فيما جاوز هذه الحدود إرادة تعاقدية . ولكن لما كان عدم الصحة لم يكن فقط معلوما للطرفين بل إنهما أراداه صراحة ، فإن إمكان التحويل في مثل هذه الأحوال يكون مستبعدا تماما . ففي فترة التعليق ، يكون التصرف المعلق على شرط فاسخ صحيحا ولهذا يكون غير قابل للتحويل . أما التصرف المعلق على شرط واقف فإنه لا زال لم يكتسب الوجود القانوني الكامل ، إذ أنه لا توجد إلا إمكانية ارتباط تعاقدى فقط ، ولهذا فإن التحويل بظل هنا كذلك خارج كل حساب . أما عند تحقق الشرط على عكس ذلك فإن التصرف يكون قد أبرم ويجب النظر إليه كأى تصرف عادى قد أبرم ، أى أنه يصبح قابلا للتحويل ، إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال . ويجب ألا يخلط

بحالة التصرف المعلق على شرط ، حالة الصلح غير الصحيح طبقا للمادة ٧٧٩ . وعلى أى حال فإن الفقه ينظر إلى الصلح في هذه الحالة كأنه تصرف معلق على شرط فاسخ (مثلا ، صراحة Finger ص ٥٣ ، Fischer ص ٩٠) . ونحن نعتقد على العكس ، أن الشرط المطلوب في المادة ٧٧٩^(١) من ضرورة مطابقة الموضوع الأساسى القائم عليه الصلح للحقيقة ، لا يكون شرطا بالمعنى الفنى لهذه الفكرة وإنما هو عنصر صحة . وثمة فرق كبير بين الفكرتين ؛ وذلك أن المادة ٧٧٩ إنما تعالج في الواقع حالة بطلان بسبب الغلط عند ما لا يطابق الموضوع الأساسى الحقيقة ، ولكن هذا الغلط خفف من الشروط الشديدة التى تتطلبها المادة ١١٩ . وفى القانون الفرنسى والمصرى يدور الأمر فى هذه الحالة حول لإبطال بسبب الغلط . لهذا ولما كان الأمر يدور فى رأينا حول بطلان ، فإن المادة ١٤٠ تكون هنا منطبقة (٢) .

وعلى كل حال فإن Fischer (ص ٩٠) وآخرين^(٣) يصلون إلى نفس النتيجة من أن سبب عدم الصحة يقوم فى التصرف نفسه لا فى إرادة المتعاقدين ، كما فى حالة الشرط . وأن انعدام الأثر هنا نهائى ويقف مع البطلان على قدم المساواة ، لأن الطرفين لا يستطيعان من بادية الأمر أن يدخلوا فى حسابهما عدم الصحة ، فتكون المادة ١٤٠ هنا منطبقة ، على عكس التصرف المعلق على شرط فاسخ بمقتضى اتفاق الطرفين .

وهنا يجب علينا أن نعيد ذكر مثل Fischer (ص ٩٠) المشهور ، وفيه أبرم الطرفان فى نزاع على إقامة بناء ، الصلح التالى : « ينقل صاحب الحق إلى البانى ملكية الأرض المبنية مقابل ثمن قدره ٦ مارك للتر المربع أى ١٢٠ مارك فى المجموع »

(١- ترجمة) م ٢٧٩ : يكون العقد الذى يزول بمقتضاه النزاع أو عدم التأكد من المتعاقدين بشأن علاقة قانونية وذلك بتنازل كل منهما عن بعض حقه (الصلح) ، غير صحيح ، إذا كان الموضوع الأساسى الثابت ، طبقا لمضمون العقد ، لا يطابق الحقيقة . وكان النزاع أو عدم التأكد لا يقوم عند العلم بحقيقة الحال . وبشبه بعدم التأكد الوارد على علاقة قانونية ، ما إذا كان تحقيق حق غير مؤكد .

(٢) وإن عنصر الصحة لا يمكن اعتباره شرطا ، فالشرط يتعلق بإرادة الطرفين ، بينما عنصر الصحة يتعلق بالمرجع .

(٣) Finger ص ٥٢ .

إذا أن الطرفين قد صدرا في ذلك عن اعتقادهما بأن الأرض المبنية هي ٣٠ متراً مربعا فقط . وبعد ذلك تبين أن الجزء المبنى هو ٣٠ متراً مربعا ، فالصلح غير صحيح طبقاً للمادة ٧٧٩ إذ أن الموضوع الأساسي لا يطاق الحقيقة . وتنطبق هنا أيضا المادة ١٤٠ ، إذا أمكن افتراض أن الطرفين كانا يعقدان الصلح الآخر لو علما بحقيقة الأشياء في وقتها ، ولكن قد يمكن أن يتعثر التحول لو كان الثمن ١٨٠ مارك شديد الارتفاع بالنسبة للنازم أو على العكس كان الثمن ٦ مارك للترضيلا جداً بالنسبة للطرف الآخر ، مع مراعاة أن البناء الكبير كان أثر في صلاحية الأرض الباقية للزراعة تأثيراً سلباً أو مثل ذلك . فإذا لم تقم مثل هذه الأسباب الخاصة ، كان التحول جائزاً (١).

٢ - التصرفات المخالفة لتحريم قانوني :

وينطبق التحول كذلك في مثل هذه الأحوال التي يكون فيها التصرف باطلا بسبب مخالفته تحريماً قانونياً (م ١٣٤) (٢) ، إذا أمكن إيجاد تصرف جديد خال من العيب .

ويكون التصرف باطلا طبقاً للمادة ١٣٤ إذا كان القانون يحرمه بسبب صفة خاصة فيه رغم توافق جميع الأركان المستلزمة له .

وقد أجازت المحكمة العليا للدولة كذلك قابلية التصرفات الباطلة طبقاً للمادة ١٣٤ للتحول . وقد قال هذا صراحة الحكم (RG. 125/209) : « إن المادة ١٣٩ مثل المادة ١٤٠ تماماً تشمل كذلك الأحوال التي يقع فيها البطلان طبقاً للمادة ١٣٤ وتحمي إرادة الطرفين مادامت لا تزال متفقة مع القانون رغم ارتباطها - في تصرف مخالف للقانون - بإرادة مخالفة للقانون . وفي هذا الحكم أقرت المحكمة العليا للدولة . RG. جواز تحول العقد المسمى بعقد مدير الحصن (٣) Kastellanvertrag والذي كان بسبب مخالفته للبائتين ٣٣ ، ٤٥

(١) Fircher م ٥٤ ، ٩٠ ، Kuntzel م ١٧ ، Weil م ٤٤ ، Finger م ٥٢ . وطبقاً لرأيه يسرى نفس المبدأ كذلك في أحوال الواد ٢٠٧٧ ، ٢٢٦٨ .
(٢) (ترجمة) م ١٣٤ : يكون التصرف القانوني الذي يخالف تحريماً قانونياً باطلاً إلا إذا تبين من القانون غير ذلك .

(٣) (ترجمة) هو العقد الذي يقصد به التجايل على القانون الذي يستلزم الحصول على رخصة خاصة Konzession وذلك بالتقويه بجعله في صورة علاقة استخدام Anstellungs- =

من قانون المهن Gew.O. باطلا ، إلى تحمل الضمان من قبل منشوء عقد الاستغلال
Verpächter بأن يحصل المستغل على الرخصة (١) .

كما يؤكد الحكم RG. 121/96 كذلك أن « تحولا قضائيا في أحوال تطبيق
المادة ١٣٤ يكون جائزا بل مطلوبا » .

ويستبقى الحكم RG. "Recht". 1922. Nr. 1334 عقد بيع يتضمن
نصا مخالفا للبادة ٥ من قانون تداول رأس المال Kapitalfl. G. الصادر
في ١٩١٩/٩/٨ عن دفع ثمن الشراء . ورأت المحكمة هنا تطبيق المادة ١٣٩
ورفضت الطعن بحجة أن الأمر يدور حول بطلان كامل ، إذ أنه لا يمكن التعرف
على مصلحة عامة للدولة في إعدام التصرف بأكمله . ونحن نقر الحكم في نتيجته
لا في أسبابه .

ويرتفع في وجه تحول التصرف المخالف للقانون الاعتراض بأن التحول يتضمن
تحايلا على التحريم القانوني المتضمن في المادة ١٣٤ . ولكن هذا الاعتراض يجب
عدم الالتفات إليه لأن الغرض من تحريم التصرف ليس أن يأبى على الطرفين
كذلك تحقيق غرضهما الجائز عن أى طريق آخر جائز . فإن تشكل الغرض
على وجه ممنوع هو وحده المخالف للقانون ، وهو لهذا عديم الأثر . ولكن
الطرفين يستطيعان تحقيق غرضهما المشروع في كل صورة مطابقة للقانون ؛ وهذا
يكون هذا الاعتراض غير صائب .

فالقيصل في التحول هو ما إذا كان النظام القانوني لا يقر الوسيلة القانونية
المستعملة فقط ، أو أنه يريد كذلك أن يمنع بصفة مطلقة الغرض العمل المستهدف
بهذه الوسيلة . (٢) فإذا كان القانون يحرم فقط الوسيلة التي اختارها الطرفان
لتحقيق غرض مشروع في ذاته ، فلن يقوم شك في جواز التحول ، لأن الغرض

= أو استئجار - Miet- أو استغلال Pachtverhältnis وهو تلك الباطل (فارن :
RAG. 15/11 ؛ RG. JW. 1927/2209 بشأن بيع مصنع دخان Tabakwaren-
verkauf والحكم JW. 1927/3398 بشأن رخصة صيدل Apothekekonzession
والحكم ROZ. 155/138 بشأن مؤسسة تأمين Versicherungsbetrieb .

(١) كذلك أيضا OLG. 10/140 .

(٢) فارن Brach. ٧، ص ٣٧ وما بعدها .

ليس مخالفا للقانون ويمكن كذلك تحقيقه عن طريق آخر مشروع . إلا إذا كان الغرض المقصود ممنوعا في ذاته ، لحيث فقط يكون تحقيق الغرض ممنوعا كذلك عن أى طريق ، ولهذا يظل التحول هنا ممتعا . ولهذا السبب استبعدت المحكمة العليا للدولة RG. (١) التحول لأن التصرف ، يحتوى مضموما يخالف التحريم القانوني .

ولكن الزعم كذلك بأن كل التصرفات المخالفة للقانون تكون قابلة للتحويل بنقض النظر عن التفرقة المهيئة أعلاه ، بحجة أنه لا يوجد في المادة ١٤١ أى قيد على شرط البطلان ، هذا الزعم يذهب إلى حد بعيد جدا (٢) لا يمكن قبوله . فإذا كان المشرع يحرم غرضا معينا ، فإنه لا يمكن تحقيقه عن أى طريق ، إذ يقف لإزاده التحريم التشريعي . فكل وسيلة قانونية كان يمكن أن تحقق هذا الغرض يجب أن تكون من بادى الأمر عديمة الجدوى بسبب التحريم ، ولهذا يكون التحول ممتعا .

ويتمسك القضاء دون خطأ وبحق بهذا الرأي بشدة (RG. 1924/1360 وغيره) . يضاف إلى ذلك أن التحول يكون كذلك ممتعا إذا كان أحد الطرفين يعلم عند إبرام التصرف بوجه مخالفة القانون . فإن إمكان التحول يكون دائما منفصلا إذا كان الطرف قد علم عند إبرام التصرف بالبطلان (أنظر ماسبق) ، ويتمتع التحول هنا بمنصر الإرادة غير الحقيقية . لهذا فإن حجة Siller التي تقوم على تطبيق المادة ٨١٧ تكون تزييدا ولا يمكن بداهة إعمالها بسبب ماسبق أن يئناه . ولا حاجة هنا كذلك إلى الكلام عن مخالفة موضوعية أو ذاتية للقانون ، إذا كان التحول ممتعا بسبب تخلف أحد شروطه ، فإن سبب ذلك يجب البحث عنه في تنظيم التحول نفسه قبل الإلتجاء إلى نطاق النظم القانونية الأخرى .

ويسرى نفس المبدأ كذلك فيما يتعلق بتجاوز الحد الأقصى للثمن . فالغرض من هذا المنع هو ضمان ثمن ثابت بحيث ينسئ لكل الحصول على حاجته من السلعة . وتجاوز الثمن مخالف للقانون ويؤدى إلى بطلان التصرف بأكمله .

(١) Gruch. 50/99 .

(٢) يذكر v. Brasch بهذه المناسبة ، أن Wiechell س ١٨ يذهب إلى هذا الرأي ولستألم نجد في Wiechell شيئا عن ذلك .

ولا تنطبق هنا المادة ١٣٩ إطلاقاً لأن مدار الأمر هنا هو بطلان كامل لا جزئى .
لهذا ينطبق التحول هنا كذلك إذا توافرت شروطه الأخرى . وقد قضت المحكمة
العليا للدولة RG. في الحكم 88/250 في قضية البطاطس المشهورة ، باستبقاء
عقد البيع في حدود الثمن الجائز وإن كانت لم تنشر في أسبابها إلى المادة ١٤ (١).

٣ - تحول شرط الذهب إلى شرط قيمة الذهب .

ويدور الأمر في شروط العملة الذهبية التي يحرمها القانون (أمر ١٩١٤/٩/٢٨)
وفي مصر مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الإلزامى) حول نوع
خاص من التصرفات المخالفة للقانون . فهل تتحول هذه التصرفات بتطبيق المادة ١٤
وإلى شروط قيمة الذهب بالذات ؟ .

ويشترط تطبيق المادة ١٤ بطلان شروط الذهب وصحة شروط قيمة الذهب
وما إذا كان الطرفان عند العلم ببطلان الأولى كانا يريان الثانية . فإذا توافرت هذه
الشروط وجب السؤال عن جواز التحول . وعلى أى حال فقد نفت المحكمة
العليا للدولة RG. (٢) جواز التحول في هذا النطاق .

ولكن جزءا كبيرا من الفقه يؤكد جواز التحول في مثل هذه الأحوال
ويعتبره واجبا (٣) .

ويبدو أن حكم المحكمة العليا للدولة يقوم على أسباب متعلقة بالسياسة
الاقتصادية . ووجهة نظرنا أنه من الواجب تقرير جواز التحول ، إذا كانت
شروط الذهب هي وحدها المنوعة ، بينما أن شروط قيمة الذهب جائزة ، لأن نتيجة
التحول تكون متفقة مع غرض التحريم . أما إذا كانت نتيجة التحول تتعارض
مع القانون ، مثلا إذا كان غرض التحريم هو تثبيت سعر العملة الوطنية وليس

(١) كذلك أيضا RG. 169/140 v. Brasch. ؟ من ٣٧ وما بعدها ، Finger
من ٩٣ ، Siller ، ١٩٧ ، Oertmann ج ١ م ١٣٤ ، v. Brasch من ٣٢ وما بعدها

(٢) RG. 181/141 ؟ 103/348 ؟ 121/110

(٣) Siller من ١٦٥ ، Standinger من ١١٠ ، Das Geld النقود Nussbaum
من ٧٨ وفي JW. 1925/1483 ؟ Oertmann في "die Aufwertungsfrage"
من ٢٧ ، Versicherung & Geldwirtschaft من ٣١٢ وفي JW. 1928/1810 ؟
Behnes من ٢٤ وما بعدها والفقه المشار إليه فيه .

مجرد المحافظة على أرصدة الدولة من الذهب ، فيكون التحول بالاطمئنان (١) .
ويميز الفقه والقضاء الفرنسيان التحول إذا كانت نتيجته دخول الذهب إلى فرنسا فقط ، أما في الحالة العكسية فيكون التحول ممتنعا على أى حال ، وذلك في المعاملات الدولية قبل سنة ١٩٢٨ ؛ أما منذ ذلك التاريخ فأصبح الشرط صحيحا في المعاملات الدولية بنص تشريعى .

٤ - التصرفات المخالفة للآداب .

ويجب علينا أيضا أن نفحص مسألة ما إذا كانت المادة ١٤٠ تنطبق كذلك إذا كان التصرف باطلا بسبب طابعه (نخل بالآداب الحسنة) *die guten Sitten* (٢) طبقا للمادة ١٣٨ .

يكون التصرف باطلا لمخالفته للآداب ، إذا كان في طابعه العام المستخلص من مضمونه وبواعثه وغرضه يصطدم طبقا للعناصر الذاتية والموضوعية بالشعور الأخلاقي لكل من يفكر طبقا للعدل والآداب العالية (٣) .

وهنا يجب أن نفهم ، الآداب الحسنة ، من وجهة النظر الذاتية *subjektiv* أى في إطارها الزمنى والمكانى والاجتماعى (كذلك *v. Brasch* ص ٥٣) . فإذا كانت مخالفة الآداب مقررة في نص تشريعى ، فلا تقوم حالة مخالفة للآداب وإنما

(١) في إجازة شرط قيمة الذهب : استئناف غناط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ ، ٢ مارس سنة ١٩٢٥ ، ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ ، الحكم الصادر في قضية بنك الأراضى سنة ١٩٤٠ بالفتح بفرنك بوانسكاريه دون اعتداد بتخفيض سعر الفرنك سنة ١٩٣٦ . الحكم الصادر في قضية شركة قناة السويس لسنة ١٩٤٠ : « الغرض من مرسوم ٢ مايو سنة ١٩٣٥ هو منغ تدهور العملة والفكرة تحصل على أموالها بسعر الذهب فيجب أن تدفع ديونها بسعر الذهب أيضا » .

(٢) ترجمة م ١٣٨ : يكون التصرف الذى يخالف الآداب الحسنة باطلا ويكون باطلا بوجه خاص التصرف الذى يحصل الشخص عن طريقه لنفسه أو لشخص ثالث على وعد بفوائد مالية أو ضمان لها في مقابل الالتزام بحيث تزيد قيمتها عن قيمة الالتزام بدرجة أنه يتضغ من الظروف أن هذه الفوائد المالية لا تتناسب إلى حد كبير مع الالتزام .

(٣) ٤٨/١٤٤ ؛ ١١٤/٣٣٨ ؛ ١٠٧/٢١٠ ؛ ٨٦/١٤٨ ؛ ٦٣/٣٦٤ ؛ ٣١/٢٣١ RG.50

152/25 ؛ 140/190 . فون . Finger, v. Brasch. مشار إليه فيما سبق .

حالة مخالفة للقانون . ويقع البطلان كذلك حتى ولو كانت مخالفة الآداب غير معلومة لأحد الطرفين أو كليهما .

وتطبق المادة ١٤٠ كذلك في هذا المجال . فإذا كان الغرض المعنى المقصود ليس مخالفا للآداب فإن يقوم أى اعتراض على جواز التحول ، إذ ليس هنا ما يبرر عدم جواز التحول طالما أن هذا الغرض في ذاته مطابق للآداب . وعلى أى حال فإذا كان الغرض المقصود مخالفاً كذلك للآداب ، يكون التحول ممتنعاً . وهذا الحل يطابق حاجات التعامل ولا يتصادم الشعور الأخلاقي .

لهذا يمكن استبقاء عقد إنتاج بيرة باطل بسبب طول مدة الارتباط عن الوجه المتبادر باعتباره عقداً لمدة معقولة ، إذا وافق ذلك إرادة المتعاقدين غير الحقيقية (١) . وقد بحث المحكمة العليا للدولة RG. هذه الحالة من وجهة نظر المادة ١٣٩ ، كما كانت محكمة الاستئناف قد قضت ، ولكنها رفضت بحق تطبيق هذا النص . ولأن العقد لمدة أقصر هو من وجهة نظر الطرفين ليس جزءاً أقل وإنما هو شيء آخر ، فالعقد كان في مجموعه لا في جزء منه فقط باطلاً ، وأسكنات على المحكمة العليا تطبيق المادة ١٤٠ ، وكان من المتعين تطبيق هذه المادة للفصل في القضية . فلو كان الاستبقاء موافقاً لإرادة الطرفين غير الحقيقية ، لانطبقت المادة ١٤٠ دون شك (٢) . ولكن المحكمة العليا (44 "Recht". 1928. Nr. RG) أجازت استبقاء عقد تحريم منافسة يتجاوز حدود المادة ١٧٤ من القانون التجارى باعتباره حظر منافسة المدة الجائزة قانوناً .

ويقر Finger (ص ٩٤) هذا الحكم . أما Siller (ص ١٨٢) فينكر هنا انطباق المادة ١٣٩ أو ١٤٠ لأن التصوص المخالفة نفسها لا تقضى ببطان التصرف إيا كلمة وإنما تترك كيانه القانونى قائماً ، بغض النظر عن الاتفاق على الالتزام الوارد على القدر الزائد ، كما يفترض ذلك في أحوال أخرى (٣) . ونحن نرى أن الأمر يدور في هذه الحالة حول مخالفة للقانون (م ١٧٤ تجارى) لا حول مخالفة للآداب . ولكن في الحالات التي لا يوجد فيها نص تشريعى فيجب إقرار المبدأ

(١) Fischer ص ٧٩ ، Manigk في Arch. ص ٥٣١ ، Finger ص ٩٤ ، Siller ص ١٨١ ، v. Brasch ص ٥٧ .

(٢) ويؤيد تطبيق المادة ١٣٩ دون حجة حاسمة Warnerer في Arch. f. Respr. Sachsen : 1931/327.

(٣) كذلك Lehmann ص ١٨٤ حيث يقوم نص تشريعى .

القائم عليه الحكم في أساسه . وهذا الحكم يقره كذلك Lehmann حين يقول أن التحول يكون كذلك جائزا ، إذا كان الطرفان كافا — من وجهة نظر شخص عاقل Vernünftigerweise — يبرمان العقد أيضا ، دون التقدر الزائد عن المحدد (١) .

ولا اتفاق فيما يتعلق بتحول التصرفات الربوية (م ٢٣٨ ف ٢) . فهى Siller (ص ١٨٣) أن هذه التصرفات تكون غير قابلة للتحويل بسبب العنصر الذاتي . بحيث يكون السبب الأساسى الذى أنشأ البطلان هو غرض جزائى ، يكون التحول ممتعا .

أما طبقا لرأى Lehmann (ص ١٨٤) فيكون البطلان الكامل غير مطابق للغرض من النص على البطلان : « فاستبقاء الجزء الباقى فى حدود التقدير الجائز ، هو فى كل حال يكون مطابقا للغرض إلى الحد الذى يرى فيه المستغل نفسه فى التصرف الربوى استبقاء العقد ، » .

ويعتقد v. Brasch أن هذا الغرض الجزائى نفسه يؤدى إلى جواز إمكان التحول . « فإذا رُوى فى النصوص غرض جزائى ، فإن أكبر جزاء ، مقترنا بالنتيجة التى توافق المصلحة العامة على أكبر وجه هو ربط المراتب بتصرفه فى الحد الجائز ، بدلا من إعلان أن التصرف كله باطل لا يمكن إصلاحه وإعطائه بذلك الفرصة أن يحاول الأمر مرة أخرى بتصرف ربوى مع شريك مستعد لذلك . »

وقد أعملت المحكمة العليا للدولة RG. هذا الرأى حين قضت فى الحكم 90/18 RG. حيث دار الأمر حول عقد أبرم مصحوبا بشرط جزائى ربوى وكان لهذا باطلا ، باستبقاء جزء العقد غير المخالف للآداب عن طريق التحول .

ويجب ألا يكون الغرض المقصود مخالفا فى ذاته للآداب كما يجب أن يكون من الممكن تحقيقه عن طريق آخر مطابق للآداب . ويجب فى ذلك أيضا أن تكون الإرادة الغرضية موجبة إلى هذا الطريق الآخر المشروع .

فالمشكلة فى تحول التصرفات المخالفة للآداب هى فى البحث عن تصرف جديد يوافق الغرض المقصود فى التصرف الباطل ولا يتعارض مع الآداب . وفى ذلك

RG. 84/304 ; Warn. 1918, Nr. 14 ; JW. 1913, Nr. 4, S. 18. (١)

يجب أن يكون التصرف الجديد كان يراد في هذه الحدود وعند العلم بالبطلان^(١).
أما إذا كان غرض الطرفين مخالفا بضرورة الحال للآداب ، فيسكون التحول
ممتعا . فكل وسيلة ، تحاول تحقيق هذا الغرض ، هي من بادىء الأمر عديمة
الجدوى ، لأن الغرض نفسه لا يجزه الآداب ، ولهذا لا يمكن تحقيقه ؛ مثلا
في الوعد بإعطاء مبلغ للتفنن في السماح بالاتصال الجنسي أو في الوعد لأغراض
الفنار ، أو في اتفاق لتسهيل الطلاق ، فإن الغرض هو نفسه مخالف للآداب ،
ولا يستطيع التحول نفسه أن يزيل هذه المخالفة للآداب (كذلك Siller ص ١٨٣) .

ولا حاجة هنا كذلك إلى التفرقة بين مخالفة الآداب ذاتيا وموضوعيا ،
إذ لو علم أحد الطرفين بمخالفة الآداب ، لم يمكن كذلك بطلان التصرف ، ولهذا
يكون التحول بالنسبة له ممتعا^(٢) .

٥ - تحول الالتزام المجرد بمبالغ نقدية :

إن التحول باعتباره مبدأ من مبادئ القانون الخاص لا يسرى فقط في نطاق
للقانون المدني بمعناه الضيق ، وإنما يمتد كذلك إلى سائر أنحاء القانون الخاص
وبخاصة القانون التجارى . فهناك تتطلب حاجات التعامل التجارى — قبل كل
شئ — تطبيق هذا النظام بالحاج خاص .

ولما كانت الوعود المجردة بمبالغ يحدد القانون شكلها ومضمونها إلى أقصى
حد ، ويجب لهذا أن تحمل علامات محددة ، فيجب أن يراعى في صدد قابليتها
للتحول ما لها من صفات خاصة .

وكان Thöl^(٣) يمثل في فقه الشريعة العامة وجهة نظر مقتضاها أن استبقاء
وعد باطل مثل الكمبيالة إلى وعد مجرد بدين ، ليس تحولاً وإنما هو نتيجة
قانونية لتلاقي تصرفين قانونيين في وحدة واحدة . وطبقا لهذا الرأي فإن كل كميالة ،

(١) v. Brasch ص ٧٠ : إن المصلحة في حماية الآداب يجب أن تميز إمكان التحول .

(٢) Thöl ص ٧٠ ، v. Brasch ص ٥٢ ، Finger ص ٨٣ ، Siller ص ١٨١ ،
Lehmann ص ١٨٤ ، Saleilles ص ٣٢٠ .

(٣) Handelsrecht ج ٢ بند ١٥٥ ، ١٨٤ .

وليس فقط السند الإذني وحده ، تستبقى باعتبارها تصرفاً صحيحاً . ولكن هذا ينقض كما بين v. Brasch بحق (ص ١٤٩) مضمون المصلحة في النصوص الخاصة بالكيميالة والسند الإذني . وكان القضاء (RG. 8/41) في بادئ الأمر يرفض التحول كذلك في مثل هذه الأحوال .

ولكن المحكمة العليا للدولة RG. أجازت بعد ذلك تحول السند الإذني (١) أو الشيك (٢) الباطلين شكلاً إلى وعد بالدين (طبقاً للمادة ٧٨٠) أو إلى إنابة (٧٨٣م) أو إذا كان الساحب تاجراً إلى سند التزام تجارى (٣٦٣م تجارى) . فالغرض الاقتصادي المطلوب سوف يتحقق في قطعه الجوهرية عن طريق التحول ، ولهذا يكون التحول جائزاً . ولذلك يمكن أيضاً أن تتحول الكيميالة الباطلة شكلاً إلى إنابة مدنية أو تجارية أو — في ظروف خاصة — إلى وعد بدين . ويرى Siller (ص ١٧٤) أن هذا الاستبقاء لا يكون حالة تحول ، وهذا يسرى أيضاً في رأيه كذلك إذا دار الأمر حول استبقاء كيميالة لأمر شخص ثالث باعتبارها إنابة طبقاً للمادة ٣٦٣ تجارى أو ٧٨٣ مدنى وهو في هذا يتبع وجهة نظر Thöl .

١ — ولما كانت الإنابة المدنية يجب أن تسحب على شخص معين ولهذا لا يمكن تظهيرها ، فإن تحول سند إذنى باطل أو شيك لحامله إلى إنابة مدنية يكون ممتنعاً . وما يمكن أن يدخل في الحساب كتصرف جديد عدا الإنابة التجارية ، هو الوعد بالدين فقط . وعلى أى حال فإن المحكمة العليا لكونيا OLG. Köln ، وقد أقرتها المحكمة العليا للدولة (RG. 45/245) ، حولت شيكاً لحامله باطلاً إلى تكليف بالدفع Zahlungsauftrag على أساس أن العبرة لدى الطرفين كانت بالغرض الاقتصادي فقط وهو الدفع .

٢ — والتوقيع بالإسم في الكيميالة والسند الإذنى والشيك إنما يستمد قوته الملزمة من الطبيعة الخاصة للكيميالة أو الشيك فقط ومن النصوص القانونية المقررة لذلك ؛ ولا يمكن أساساً أن يستخرج من هذه إعلان إرادة ، ولهذا فإن التحول يكون فيها ممتنعاً .

(١) RG. 48/228 ، 136/570

(٢) RG. 112/140 ؛ JW. 1926/570

وقد رأت المحكمة العليا للدولة (١) جواز تطبيق المادة ١٤٠ ولكنها استبعدت في الختام تطبيق التحول بحجة أن الإنابة التجارية قد ظلت نظاما منفردا النوع حتى أنه لا يمكن أن يفترض بأى حال ، أنه كان أن يخطر ببال الطرفين أن يفكرا في مثل هذا التصرف غير المستعمل إطلاقا في التعامل وأن يريدوا إتمامه . فالتحول يكون هنا متمما بسبب تخلف الإرادة غير الحقيقية . ولكن مسألة الإرادة يجب عدم تعليقها على ما إذا كان التصرف الجديد معروفا للطرفين ، إذ أنه من الممكن أن يدخل التصرف الأقل انتشارا في الاعتبار كنتيجة للتحول (٢) . ولكن التحول يتمتع إذا كان يفترض أن الطرفين لم يكونا يريدان هذا التصرف الآخر ، لأن التصرف الجديد قليل الاستعمال .

وتوقيع الساحب الذى يقابل توقيع المنيب هو صحيح على هذا الاعتبار ، ولهذا لا يمكن أن ينتج في نفس الوقت آثارا باهتباره وعدا بدين أو إقرارا بالضمان . إذا لا يمكن بمقتضى المادة ١٤٠ أن ينحل التصرف القانونى الواحد إلى تصرفين من نفس الشخص (٣) .

وتقوم مسئولية الساحب في الضمان على النصوص القانونية الصريحة (٤) ، ولهذا فلا يمكن أن تدخل إرادة المسئولية Haftungswille في الحساب (٥) . فلو أخذ بالتحول ، لسؤل الساحب لا باعتباره مدينا ضمانا ، وإنما كدين أصلى ، وهذا لا يوافق إرادته في العادة .

٣ - وقبول الكميالة يمكن أن يتحول في مواجهة الساحب إلى وعيد بدين (٦) أو إلى قبول إنابة (٧) .

أما قبول الشيك فلا يلزم لا بمقتضى الشيك ولا طبقا للقانون المدنى ، ورغم

(١) JW. 1930/1877 .

(٢) فارن Siller من ١٧٤ ، Schönwetter من ٣٧ ، v. Brasch من ١٤٨ .

(٣) Philipp في JW. 1927/2973 ، Finger من ٨٨ ، Schönwetter من ٣٠ .

(٤) م ٨ من قانون الكميالة و ١٥ من قانون الشيك .

(٥) RG. 1920/568 .

(٦) OLG. München ، فارن : OLG. Augsburg : Bayr.Z. 1925/214 .

في RG. 136/207 و Seuff. 80, Nr. 22 .

(٧) ضد التحول إلى سند دين ، Schönwetter من ٣١ .

ذلك فقد استبقت المحكمة العليا لمبورج OLG. Hamburg (١) مثل هذا القبول باعتباره وعدا بدين . وعلى أى حال فإن هذا الحكم متقدم بشدة (٢) لأنه يناقض طبيعة الشيك باعتباره أداة دفع .

أما قبول السند الإذنى ، فلا يصح باعتباره قبول إنابة حتى لو كان القابل قد كتب بجانب توقيعه عبارة « مقبول » ، لأن القابل لم ينب إطلاقا .

٤ - أما التظاهرات الواقعة على كميالة أو شيك باطل ، والذي يتحول إلى إنابة تجارية أو وعد بدين ، فتظل صحيحة باعتبارها تظاهرات تجارية ولهذا لا تحتاج إلى تحول . فإذا وقع التحول إلى إنابة مدنية ، صحت باعتبارها حوالة (٣) . فلا يمكن لهذا أن يتحول هذه التظاهرات حتى إلى إقرار بالضمان أو إلى وعد بدين ، لأنها لا زالت صحيحة ، فضلا عن هذا فإن مسؤولية المظهر في الضمان إنما تستند إلى نصوص قانونية خاصة (٤) حتى أنه لا يمكن أن تدخل في الاعتبار إرادة مسؤولية لاحقية ولا تصورية (٥) .

أما في التظاهر المنقطع (تظاهر غير صحيح على كميالة أو شيك صحيحين) فلا محل للمادة ١٤٠ . ففي التظاهر المنقطع من أول الأمر لا يصبح المظهر المنقطع نفسه بتظيرة هذا داتما في الكميالة . فالتظاهر يعتبر حوالة فقط . حيث لا يستطيع الإعلان أن يكون في نفس الوقت وعدا بدين أو إقرارا بضمان (٦) . أما إذا قطعت سلسلة التظاهر فيما بعد ، فإن الأمر يكون مداره حينئذ سقوط لاحق للأثر وليس بطلانا .

ويريد Bernstein (٧) أن يحول قبول غير المسحوب عليه إلى التزام مدنى على القابل بأن ينى بالكميالة باعتباره مدينا ختاميا ، وأن يحول التظاهر المنقطع إلى وعد مدنى بالضمان .

(١) OLG. 45/82

(٢) Finger ، ٩٠ ، Schönwetter ، ص ٣٤ .

(٣) RG. LZ. 1911/841

(٤) م ١٤ : من قانون الكميالة و ٨ ، ٩ من قانون الشيك .

(٥) JW. 1930/82 معينا بحق .

(٦) تارن Schönwetter, Finger ، Philipp ، مشار إليهم أعلاه .

(٧) JW. 1926/497 ؟ Gruch. 69/43

(م - ١٥ تحول التصرف القانوني)

ويعترض Klausning (١) على مثل هذه المحاولات حيث يقول « أنه من الخطأ مؤكدا أن يرفض التحول طبقا للمادة ١٤ بصفة عامة ، حيث توجد إرادة التزام لا يمكن إنكارها بحجة أن نسا قانونيا نخاصا بالشكل لم يراع . على أنه من الناحية الأخرى يعتبر كذلك خطأ تاما ، إحين يراد أن يستدل من قصد إنشاء التزام بإعلان إرادة خاص مقيد بالشكل على إرادة ... النع أن يفترض عن طريق التصور أن إعلان التزام غير مقيد من حيث مضمونه بالشكل ويخضع كما في التبع القانوني لقواعد أخرى مختلفة جوهريا ، كان يجب أن يصدر أو أنه كان قد يتحمل عند العلم بحقيقة الأشياء . فلا يمكن بمثل هذا العمل غير الجائز من حيث طريقة البحث (بقيود) أداء أية خدمة لالحاجات الثقة في المعاملات التعاقدية ولا للاستقرار القانوني قبل كل شيء . »

أما Siller (ص ١٧٦) الذي يأخذ بهذا الرأي فيسلم رغم ذلك بأن هذا النظر إنما يتعلق في الواقع بالسياسة التشريعية ، وكان يجب كذلك عند تلاقى الكيالة مع تصرفات مدنية في وحدة واحدة ، أن يعترض صحة هذه الأخيرة .

وقد رفضت المحكمة العليا للدولة RG (٢) تحول تظهير واقع على كيالة باطلة إلى حوالة دين ذات أثر أكبر على أساس أن الأثر الذي يقوم على أساسه تظهير الكيالة يختلف عن الأثر الذي تقوم حوالة الدين اقتصاديا على أساسه .

هـ - أما تحول الكيالة أو الشيك المتقدمة أو الساقطة فممتنع إطلاقا . فانعدام الأثر يقع لأول مرة في تاريخ لاحق ، ولكن التصرف كان في وقت إبرامه كاملا الصحة .

وأخيرا فإذا كانت إرادة الطرفين قد اتجهت بصفة نهائية إلى إنشاء كيالة أو شيك فقط فيكون التحول ممتنعا كذلك . (٣)

أما في القانون المصري ، كما في القانون الفرنسي ، فيستند تحول الكيالة أو الشيك إلى نص قانوني . فطبقا للمادة ١٠٥ تجارى مصرى ، تحول الكيالة

(١) JW. 1930/3761

(٢) JW. 1930/3761 ؛ D. R. Z. 31. Nr. 3. ؛ RG. 130/82

(٣) R.G.H. Respr. 1929. Nr. 2073 ، من v. Brasch ، ١٤٧ ،

Siller من ٢٧٤ ، Schönwetter من ٣٢ ، Finger من ٨٨ .

الباطلة شكلا إلى سند دين مدنى، أو تجارى، إذا كان الساحب تاجراً. كما يتحول:
التظهير الباطل طبقاً للمادة ١٣٣ تجارى مصرى إلى وكالة (١). كما يرى الفقه كذلك
أنه يمكن تحول الكمبيالة الباطلة بسبب عدم أهلية الساحب إلى سند دين مدنى .

٦ — التنظيم التشريعى للتحول فى حالات خاصة .

إن تضمن المادة ١٤٠ للبدا الأساسى العام للتحول لا يجب أن يعنى أن هذا
النص يستغرق كل نطاق التحول، إذ توجد نصوص أخرى كثيرة تنظم تطبيق
التحول فى حالات فردية معينة . وليست هذه النصوص الخاصة بطبيعة الحال
تطبيقاً مباشراً للمادة ١٤٠، وإنما هى على الأصح تقوم على الأفكار الأساسية
لهذه المادة؛ ويسرى بالنسبة لها كذلك المبدأ القاضى بأن النص الخاص يودى
إلى استبعاد النص العام . ولكن هذا يجب ألا يودى (كما يفعل Fischer ص ١٤)
إلى وجوب قصر تعبير التحول Konversion على مجال المادة ١٤٠ وحده، دون
الحالات التى تنطبق فيها تلك النصوص الخاصة (٢). إذ لا يمكن إدراك كيف
أن التعديل القانونى لمبدأ معين يجب أن يودى إلى استبعاد الحالات الفردية
الأخرى من نطاق هذا المبدأ (٣) . فالمرح إنما ينظم تطبيق المبدأ العام
فى الحالات الفردية وذلك فى الحقيقة إما لى يمنع كل شك فى تطبيق التحول،
أو لأن الأمر يدور فيها حول حالات نادرة أو استثناءات خاصة، أو لأنه يريد
فى تطبيق التحول فى حالة معينة بالذات، استبعاد سائر التصرفات الجديدة الممكنة
لكى يكون واحد منها معين بالذات هو نتيجة التحول فقط . فمثلاً المادة ٢١٧٣
تفترض وجود الإرادة غير الحقيقية (٤)، بينما تستبعد المادتان ١٥٠، ٥٦٦ هذا

(١) بهجت بولوى ص ٤٢٣، السهورى: المقدم ص ٦٣٩ المادى ص ٥٠٠ .

(٢) فان Finger ص ١٨، Fischer ص ١٢، Schönwetter ص ٣،

Küntzel ص ٢٩، Bichmann ص ٢٩٠ .

(٣) مثلاً التفسير منظم كقاعدة عامة فى المادة ١٣٣، وتوجد فضلاً عن ذلك قواعد

تفسير أخرى فى مجموعة القانون المدنى .

(٤) « عند الشك im Zweifel » تنص م. ٢١٧٣ : إذا أوصى المورث بحق

« شخصى » ثابت له، إذا كان الوفاء به قد تم قبل واقعة الإرث وكان القىء الوفاء لا يزال
موجوداً فى التركة، فيفترض عند الشك أن الوصى إليه يجب أن يحصل على هذا القىء .

فإذا كان الحق وارداً على دفع مبلغ مالى، فيعتبر عند الشك أن مبلغاً مادلاً قد أوصى به حتى
ولو لم يوجد مثل هذا المبلغ فى التركة من قبل .

العنصر استبعادا تاما (١).

وفي كثير من الأحوال يكون من الصعب جداً معرفة ما إذا كانت هذه النصوص الفردية تعالج حالات تحول خاصة أم حالات تفسير . ولكن إذا كانت نتيجة النص يمكن أن توجد في واقعة التصرف نفسه فيكون الأمر مداره تفسير وفي الحالات الأخرى تحول . أما الفارق الأساسي بين الحالتين فهو أن قاعدة التفسير يمكن أن تستبعدا إرادة الطرفين دون قاعدة التحول (٢) .

(١-ترجمة) م ١٥٠ : القبول للتأخر للإيجاب يصح باعتباره إيجاباً جديداً (قانون م ٩٦ مدني مصري) م ٥٦٦ وفيها يستلزم عقد الإيجار الطويل المدة والباطل بسبب عيب الشكل إلى عقد إيجار غير محدد للمدة . وكذلك حالات أخرى في المواد : ١٩٢٣ ، ٢١٠٢ مدني ، ٢٠٥ من قانون الإصدار ، ٢٨٦ تجاري . قانون كذلك Kuntzel م ٧ .
وتنص المادة ٢٠٥ من قانون الإصدار : إذا كان الأب قبل هذا القانون المدني ، قد استبعد الأم من الوصاية على الإبن على أساس القوانين النافذة في ذلك المين أو أطم مجلساً للوصاية إلى جانبها ، فيعتبر تقرير الأب هذا من تاريخ هذا القانون المدني باعتباره تقريراً بإقامة مجلس الوصاية بطابق الأم في معنى القانون المدني .
(٢) كذلك Finger م ١٠٨ .

الباب الثاني

الفصل السادس والعشرون

فصل التحول عن النظم المقاربة

بعد أن بينا ماهية التحول وأركانه وآثاره يتعين علينا الآن أن نحدد التحول عن النظم القانونية الأخرى المجاورة له والتي قد تختلط به ، وهى تندرج في مجموعها تحت مبدئين ، « التفسير والبطلان الجموئى » .

أولاً - التحول والتفسير :

١ - ١) تتكلم المادة ١٣٣ (١) عن تفسير إعلان الإرادة وتقضى بالكشف عن الإرادة الحقيقية وعدم التقيد بالمعنى الحرفى للألفاظ . فدار التفسير هو الكشف عن إرادة موجودة حقيقية ولكن لم يعبر عنها بوضوح . أما مدار التحول فهو على عكس ذلك ، الكشف عن إرادة غير موجودة ، أو كما يقال تصورية أو غير حقيقية كما صاغت ذلك المحكمة العليا للدولة (RG. 110/39) ، لهذا تتفصل كل من الفكرةين وتباعد عن الأخرى . ولهذا يقول Regelsberger (بند ١٧٦ هامش ٥) بحق أن « التحول يجرى لا طبقاً لنية الطرفين بل في معناها » . فلو كان مدار التحول إرادة حقيقية فقط ، لكان نص المادة ١٤ زبدها ، ولأصبح التحول إذن فكرة فرعية تنظمها المادة ١٣٣ في مضمونها (٢) .

فالتحول يدخل في الاعتبار لأول مرة على الإطلاق ، إذا لم يساعد التفسير

(١ - ترجمة) م ١٣٣ : عند تفسير إعلان الإرادة يجب الكشف عن الإرادة الحقيقية لا الوقوف عند المعنى الحرفى للمبارات (فون م ١٥٠ مصرى) .

(٢) شفيق شعاع : الالتزامات م ٨٢ : يفترض التحول ألا يثبت أن الطرفين قد أراها العقد الآخر وإلا كان الأمر مجرد مسألة تفسير . كذلك عبد الحى ججازى : المصادر م ٣٢٩ : التحول ليس تفسيراً .

(كذلك ما يسمى بالتفسير المكمل) التصرف المعيب على اكتساب الصحة (١) ، ولم تمكن هذه المساعدة من الاستناد إلى الإرادة الحقيقية للطرفين ، فيجب أن تستند إلى الإرادة غير الحقيقية (٢) . ولهذا فإن وجهة نظر Windscheid من أن التصرف الجديد ليس إلا ناحية - لم تكن مكشوفة من التصرف الباطل - تستعاد ، لا يمكن إقرارها ، إذ بذلك يكون التحول قد خرج إلى الوجود عن طريق التفسير . ففي التحول لا يكون التصرف الباطل أى صحة إطلاقا بعد ذلك ، ويقوم التصرف الجديد على إرادة للطرفين غير حقيقية ، وهذا لا يتيسر بدوره إلا عن طريق النص الخاص في المادة ١٤٠ .

(ب) وقد يمكن أن يؤدي تفسير الإرادة الحقيقية إلى نتيجة هي أن الإرادة الحقيقية لم تخرج إلى الوجود واضحة بسبب طريقة التعبير المستعملة (وهي الحالة المسماة بالتسمية الغلط *falsa demonstratio*) ، وأن المعنى الحقيقي لهذه الإرادة لا يمكن كشفه إلا عن طريق التفسير ضد هذه الألفاظ . فهنا يدور الأمر حول تأويل *Umdeutung* أو تفسير ضد صريح اللفظ ، حيث يدور الأمر حول الكشف عن إرادة حقيقية رغم أن هذا الكشف يجرى ضد الألفاظ المستعملة . على أنه يجب أن يلاحظ في ذلك أن التصرف ليس باطلا على الإطلاق ، لأن التسمية الغلط لا تؤدي إلى بطلان التصرف . فالتصرف صحيح ويستبقى باعتباره . كذلك وإنما يصحح القاضي الإسم الغلط الذي استعمله الطرفان لذلك . مثلاً يسمى الطرفان العقد المراد حقيقة باعتباره بيعاً ، إيجاراً ، فهنا يصح عقد البيع المراد ، إذ أنه لا يوجد عقد إيجار على الإطلاق . وبهذا يفترق هذا المسمى بالتأويل *Umdeutung* عن التحول ، ويؤكد هذا الرأي بأن تعبير التأويل *Umdeutung* ليس على الإطلاق صحيح الدلالة على حالة التحول . ولهذا فإن رأى Demburg (٣) من أن مدار التحول هو مجرد تغيير الإسم ، غير صائب ؛ لأن مثل هذا التغيير لم يكن يحتاج إطلاقاً إلى نص تشريعي خاص ، وإنما كانت المادة ١٣٣ تنفي في ذلك . فضلاً عن ذلك فقد حكمت المحكمة العليا للدولة (RG. 31/33) .

(١) كذلك Siller من ١٤٩ .

(٢) Fischer من ٩ وما بعدها ، Voss من ٥٣ ، Bichmann من ٢٦ .

Finger من ٩ ، Siller من ١٤٥ ، Weil من ٢١ .

(٣) Pand. ج ١ من ٢٨٩ ، القسم العام ، *Allg. T.* من ٤٠٠ .

بأن تعبير القرض لا يكون فاصلاً ، إذا تبين من مضمون العقد أن تصرفاً آخر كان هو المراد . (اعتبر مبلغ معطى تحت اسم قرض ، نصيباً فى شركة خاصة) .

فالعبارة ليست إذن باسم التصرف وإنما بمضمونه . فتغير الاسم ليس إلا مجرد تفسير للإرادة الحقيقية فى التصرف الذى لا يزال هو نفسه صحيحاً (١) . وعلى عكس ذلك فى التحول ، فالتصرف المراد باطل ، ويدور الأمر حول الكشف عن إرادة غير حقيقية . لهذا يدور الأمر فى المادة ١٤ حول تحول التصرف نفسه وليس مجرد تغيير الاسم .

ولهذا فإن وجهة نظر Houin (٢) من أن مدار التحول هو غلط فى التسمية *faux demonstration* ولهذا يسمى التحول بالغلط فى الوصف *disqualification* هو خطأ واضح ، ولا يحتاج منا بعد ما سبق بيانه إلى رد خاص .

(ج) إذا ظهر فى مضمون التصرف نقص Lucke بحيث يهدد ذلك القرض من العقد فى كله أو فى جزئه ، أجرى ما يسمى بالتفسير المكمل (١٥٥م ، ١٥٧) (٣) *ergänzende Auslegung* . وعلى القاضى أن يكمل هذه الفجوة فى معنى إرادة الطرفين الموجودة ، كما لو كان الطرفان قد قاما بذلك لو علما بتلك الفجوة (٤) . فالتصرف فى حالة التكميل يكون دائماً صحيحاً ، وإنما يكمل النقص فى معنى إرادة الطرفين الموجودة حقيقة ، ويظل التصرف نفسه محتفظاً دائماً بطابعه الأصلى . أما فى التحول ، فإن التصرف على عكس ذلك باطل ، ويختلف التصرف الجديد عنه لدرجة أن المشرع نفسه كان مضطراً لأن يتكلم فى المادة ١٤٠ عن تصرف آخر ، فالتحول يقوم فى حقيقته على كشف إرادة تصورية (٥) .

(١) فى هذا المعنى كذلك : عبد الحى حجازى س ٣٣٠ .

(٢) شروط تكوين العقد : دروس دكتوراه القاهرة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ .

(٣) - ترجمة) م ١٥٥ : إذا كان الطرفان فى عقد اعتقاداً أنه قد تم انعقاده ، لم يتفقا فى الحقيقة على نقطة كان من الواجب أن يرد عليها الاتفاق ، فيصح المتفق عليه فى الحدود التى يمكن فيها اقتراض أن العقد كان يرم كذاك دون تحديد لهذه النقطة (م ٩٠ مصرى) .
م ١٥٧ : تفسر العقود بما تقضى به الثقة والاعتقاد مع مراعاة عادات التعامل (م ١٥٠ مصرى) .

(٤) RG. 12/417 ; 93/213

RG. Seuff. A. 79. Nr. 31 ; OLG. Naumburg. JW. 1929/70 (٥)

فارن Ringer س ١٠ ، Siller س ١٤٨ ، Sch önwetter س ٥٤ ، Küntzel س ٢٣

لهذا فإن وجهة نظر Saleilles من أن التحول يقوم على سلطة القاضي في التكميل، إلا يمكن إقرارها (١) ولا تحتاج منا إلى ود خاص.

د — أما العلاقة بين التحول والتفسير فنحدد ما يلي .

فمن طريق التفسير ، يثبت من أن التصرف الأول أرادته الطرفان حقيقة وأنه باطل ثم أى غرض أراد الطرفان بالتصرف الباطل تحقيقه ، وما إذا كان هذا الغرض يمكن تحقيقه عن طريق تصرف آخر (٢) . وبعد ذلك فقط يبدأ الكشف طبقا للمادة ١٤٠ عما إذا كان الطرفان كافا عند العلم بالبطان قد يريدان التصرف « الآخر » .

هـ — كذلك يفصل التحول عن الحالة التي يكون فيها ما أرادته الطرفان مشكوكا فيه من بادية الأمر . إذ أن التحول يتطلب كشرط أساسى ، أن يكون التصرف الباطل قد أرادته الطرفان حقيقة . ففي هذه الحالة يكون من شأن التفسير كشف ما إذا أرادته الطرفان حقيقة . فإذا كان هذا غير ممكن لم توجد واقعة تصرف قانونى ، إذ تكون إرادة التصرف القانونى قد تخلفت . أما إذا كشفت إرادة الطرفين الحقيقية عن طريق التفسير ، وكان التصرف المراد باطلا حقيقة كذلك ، فيمكن حينئذ فقط أن يدخل إمكان التحول في الاعتبار (٣)

٢ — إذا كان الطرفان قد توقعا البطان من قبل وتوافقا على تصرف « آخر » لمواجهة هذه الحالة ، فلا يوجد تحول في معنى المادة ١٤٠ ، وإنما تطبيق لإرادة الطرفين التي قد يساعدها التفسير على اكتساب الصحة . لهذا فإن الأمر في شرط الإلحاق لا يدور حول تحول وإنما حول تفسير . (٤) .

“Cette application, faite par la loi à l'espèce Prévue par (١) l'art. 140, confirme donc, en l'illustrant par un exemple, le pouvoir supplétif reconnu au juge sur l'art 133”.
 “art. 140 n'est qu'une application particulière” (de ce pouvoir).
 وكذلك أيضا السهورى ص ٥٠٣ ، بهجت بدوى ص ٤١٠ ، وإيم سليمان فلاة ص ٢٠٠ .

(٢) Bichmann ص ٢٧ ، Schönwetter ص ٤ .

(٣) Kuntzel ص ٣ ، Voss ص ٥٦ ، Weil ص ٢١ ، Rutenbeck ص ٢٦ .

(٤) Siller ص ١٥٧ ، Römer ص ٦٧ ، Voss ص ٥٤ ، Schönwetter ص ٣ .

٣ - في حالة الصورية طبقا للمادة ١١٧ (١) يكون التصرف الصوري لم يرد أصلا من الطرفين ، وهو لهذا باطل ؛ أما التصرف المستور فهو المراد وحده على عكس ذلك وهو لهذا صحيح . أما في التحول فإن الطرفين أرادا التصرف الأصلي حقيقة واعتقدا حقيقة في صحته أيضا . ولم تكن الإرادة موجهة إطلاقا إلى التصرف الجديد ، لأن الطرفين لم يفكرا فيه إطلاقا وتستند صحته إلى القانون وحده لا إلى إرادة الطرفين . ولهذا فلا يوجد في حالة الصورية أى تحول . ولكن يجب ملاحظة أن التصرف المستور قد يكون باعتباره تصرفا مراداً باطلا ، محلا للتحول كذلك إذا كان في الحقيقة باطلا (٢) .

٤ - ويجب كذلك فصل التحول عن تصحيح التصرف Heilung وهي حالة التصرف المنشئ لا التزام والباطل بسبب عيب الشكل والذي يصبح بالوفاء الإرادى كما لو كان صحيحا من بادىء الأمر (م ٥١٨ ، ٧٦٦ ، ٣١٣) . فهنا يكتسب التصرف الباطل الصحة بعمل المتعاقدين ، أى أن صحته تستند إلى إرادة الطرفين الحقيقية ، وهي تقع دون تغير في طبيعة التصرف . وهذا يصبح كذلك بالنسبة للتصحيح اللاحق Konvaleszenz (م ٣١٣ ف ٢ ، ٥١٨ ، ٢ ف ٧٦٦ ، ٢) .

٥ - كذلك فإن الاعتراف بالدين (م ٦٠٧) (٣) Schuldanererkennung والتجديد ليسا من حالات التحول ، إذ يستند فيهما التصرف الجديد إلى إرادة حقيقية للتعاقد .

٦ - كما أن العيب اللاصق بالتصرف يرتفع في حالة الإقرار (م ١٠٨) والإجازة (م ١٤٤) (٤) بإعلان إرادة صاحب الحق في ذلك . بل وأكثر من

(١ - ترجمة) م ١١٧ : إذا كان إعلان الإرادة - الذى يجب توجيهه لشخص آخر ، قد صدر صوريا فقط بموافقة الطرف الآخر فإنه يكون باطلا . فإذا ستر التصرف الصوري تصرفا آخر ، فتتطبق الفوائد الخاصة بالمقد المستور .

(٢) رهن الحق الذى تستمر جواله حق ، هو غير صحيح بسبب تخلف الإعلان طبقا للمادة ١٢٨٠ . لهذا يمكن تحول الرهن الباطل المستور إلى إنشاء حق حبس على سند الدين .
فارن Fischer س ١٤ ، Finger س ١٣ .

(٣ - ترجمة) م ٦٠٧ ف ٢ : من كان مدينا بالتقود أو أهدأ مثابة بسبب آخر ، يستطيع أن يتفق مع الدائن أنه يصبح مدينا بالتقود أو الأشياء المثابة على سبيل القرض .

(٤ - ترجمة) م ١٤٤ : يتمتع الإبطال ، إذا أُجيز التصرف القابل للإبطال من له حق طلب الإبطال . ولا تتطلب الإجازة الشكل المطلوب للتصرف (م ١٣٩ مصرى) .

ذلك فإن التصرف المعيب يحتفظ بطبيعته الخاصة ولا يحل أى تصرف آخر عله في ذلك ؛ ولهذا لا يوجد أى تحول .

٧ — إذا كان لأحد الطرفين الحق في أن يحل محل تصرف صحيح تصرفا آخر . مثلا إذا أعطى المستأجر أو المزارع الحق في أن يغير عقد الإيجار أو المزارعة إلى يسع ، فلا يدور الأمر حول تحول لأن التصرف المراد كامل الصحة ، ويقع التصرف الآخر بمقتضى إرادة الطرفين (ويسمى Dernburg بانديكت فقرة ٢٨٩ هذه الحالة بالتحول في الموضوع Konversion der Sache nach وهذا عهد صحيح) .

٨ — كذلك لا تنطبق المادة ١٤٠ في حالة البطلان اللاحق . إذ ما دام التصرف المراد كان عند إبرامه صحيحا فيكون التحول ممتعا . لهذا فإن رأى Perrin (ص ٢٣٨) من أن التحول ينطبق في هذه الحالة التي يسميها البطلان اللاحق nullité à posteriori لا يمكن إقراره . وعلى هذا الأساس نفسه يكون تحول الكيالة التي سقطت بالتقادم ممتعا (١) .

٩ — ويفترق عن التحول كذلك الحالة التي تحتوي فيها واقعة التصرف القانوني في ذاتها على تصرفين بحيث يظل أحدهما صحيحا حين يسقط الآخر . ومثل ذلك الحالة التي يظل فيها الوعد بالدين Schuldversprechen المتضمن في الكيالة قائما حين تسقط هذه بالتقادم (٢) . والتحول هنا ممتنع لأن التصرف الأول كان صحيحا عند إبرامه . وقد يكون من الممكن هنا الكلام عن نوع من التزام المدني Zivilkonkurrenz الذي لفت Thöl إليه النظر . والواقع أن الأمر يدور هنا حول تفسير (٣) .

ثانيا — التحول والبطلان الجزئي (الإنقاص) :

كما يجب كذلك تمييز البطلان الجزئي عن التحول . والبطلان الجزئي تنظمه المواد ١٣٩ ألماني و ١٤٣ مصرى . وتقرر المادة ١٣٩ ألماني أنه : « إذا كان

(١) R. O. H. G. 9/353 ؛ 18/188 ؛ 22/304 (محكمة الدولة التجارية العليا) .

(٢) R. O. H. G. 9/553 ؛ Seuff. A. 42. Nr. 31

(٣) Siller من ١٤٧ Voss من ٥٤ .

جزء من التصرف القانوني باطلا ، يكون التصرف بأكمله باطلا ، إذا لم يمكن افتراض أنه كان قد يرم كذلك دون الجزء الباطل .

وتعالج المادة ١٣٩ الحالة التي يكون فيها التصرف مكونا من أجزاء قابلة للانفصال ومع ذلك تكون هذه الأجزاء المنفصلة وحدة واحدة . ويكون البطلان قد أصاب جزءا واحدا منها فقط أما الجزء الآخر فهو على عكس ذلك صحيح لا يحسب الميعب . فتقيم المادة ١٣٩ القاعدة الأصلية وهي أن بطلان جزء من التصرف يؤدي إلى بطلان التصرف كله إلا إذا كان الطرفان كانا (عند إبرام التصرف) عند العلم ببطلان هذا الجزء ، قد يقعدان التصرف دون هذا الجزء كذلك . وطبقا لذلك يظل الجزء الميعب من التصرف باطلا ، أما الباقي غير الميعب فيكون على العكس صحيحا .

وطبقا للرأى السائد تقوم المادة ١٣٩ (مثل المادة ١٤٠) على إرادة تصورية^(١) . وفي رأى Nolden (ص ٥٠ وما بعدها) أن المادة ١٣٩ إنما هي قاعدة تفسير رغم أنه يرى أن هذا النص يقوم على تصور للإرادة . ونقطة البدء عنده في ذلك أن التفسير يمكن أن يقوم كذلك على إرادة تصورية^(٢) .

وبينما يكون جزء فقط من التصرف هو الباطل في المادة ١٣٩ فإن المادة ١٤٠ تشترط بطلان التصرف بأكمله ، ونتيجة التحول إذن هي تصرف آخر . وعلى عكس ذلك في المادة ١٣٩ إذ يظل الجزء السليم من نفس التصرف صحيحا ، بينما يسقط الجزء الميعب . وتبعاً لهذا لا يوجد هنا تصرف جديد وإنما جزء من نفس التصرف ولا تغيير بذلك الطبيعة القانونية للتصرف .

وعلى أنه يجب ملاحظة أن المبدأين يقومان على نفس الفكرة الأساسية وهي استبقاء التصرف إلى أكبر قدر ممكن طالما أنه لا زال متفقاً مع غرض المتعاقدين والقانون . أما بغض النظر عن هذه الفكرة الأساسية فإن كل مبدأ يأخذ طريقه الخاص .

لهذا أيضا كانت وجهة النظر في الشريعة العامة التي يمثلها Puchta و Thibaut من أن التحول هو فكرة فرعية من البطلان الجزئي ، غير قائمة على أساس سليم .

(١) عكس ذلك Siller ص ١٤٩ ، المادة ١٣٩ هي تطبيق خاص لقواعد التفسير .

(٢) والظاهر أنه يقصد بذلك التكميل Ergänzung .

ولكن ، كيف تقوم العلاقة بين كل من النصين ؟ . إن نتيجة المادة ١٣٩ هي إما بطلان التصرف كله وإما بطلان الجزء المعيب فقط وبقاء الجزء الباقي صحيحا . فإذا قررت المادة ١٣٩ بطلان التصرف كله ، فيمكن أن يكون هذا التصرف الباطل محلا للتحويل وتنطبق هنا المادة ١٤٠ . أما إذا كانت نتيجة المادة ١٣٩ هي البطلان الجزئي للتصرف ، فيظل الجزء الصحيح بالنسبة للتحويل خارج الحساب ، أما في الجزء الباطل فتتطبق على العكس المادة ١٤٠ ، إذا توافرت الشروط الأخرى ؛ وذلك لأنه باطل . فالقاعدة إذن هي أن التصرف سوف ينقذ بتعاون النصين من البطلان الكامل . فجزء يظل صحيحا في صورته الأصلية عن طريق المادة ١٣٩ والجزء الآخر يكتسب الصحة عن طريق المادة ١٤٠^(١).

(١) OLG. 10/140 مناقش في Fischer ص ٨٣ ، LG. Leipzig. 1909/92

تأرن كذلك الفقه عن التحويل .

خاتمة

الفصل السابع والعشرون

وفي النهاية يمكننا كنتيجة لهذا البحث أن نقرر أنه لكي ينطبق التحول يجب استيفاء الشروط التالية : -

١ - يجب أن يكون التصرف الذي أراده الطرفان باطلا لأي سبب أو قابلا للإبطال أو غير صحيح .

٢ - يجب أن يوافق هذا التصرف الباطل العناصر الموضوعية لتصرف آخر صحيح .

٣ - يجب أن يكون التصرف الجديد تصرفا آخر . ويمكن في ذلك أن يكون تصرفا من نوع آخر أو من نفس النوع مع مجرد تغيير المضمون .

٤ - يجب أن يكون من الممكن أن يتحقق الغرض العملي الذي استهدفه الطرفان بالتصرف الباطل عن طريق التصرف الآخر لكي يمكن قيام توافق بينهما .

٥ - يجب أن يقوم التصرف الجديد على الإرادة التصورية للطرفين ، التي كانت تكون لهما لو كانا قد علنا عند إبرام التصرف بطلانه ، وفضلا عن هذا فيجب ألا تقوم إرادة عكسية في ذلك .

فإذا توافرت هذه الشروط ، وقع التصرف الجديد صحيحا بأثر رجعي واستندت صحته إلى القانون مباشرة .

فالتحول هو طبقا لذلك ، خلق جديد للتصرف - يستند إلى القانون مباشرة - من وجود واقعة تصرف باطل ، لا يستطيع (التصرف الباطل) من تلقاء نفسه أن ينتج أية آثار متعلقة بالتصرف القانوني أيا كان نوعها .

وبنظيم التحول يكون المشرع قد رفع آثار البطلان الخطيرة التي تبدو باعتبارها نوعا من العقوبة المدنية ، أو على الأقل أضعفها ، وبدون هذا التنظيم لم يكن من الممكن أن يجد التحول مكانا .

وهذا يبدو واضحا ذلك التطور في السياسة التشريعية ، الذي يحقق المشرع عن طريقه بمساعدة مثل هذه الوسائل جميع مبادئ القانون الأساسية في الثقة والاعتقاد ويستطيع بذلك أن يخدم العدالة .

ولكن تنظيم التحول يبين كذلك ، كيف يمكن أن يكون النزاع بين إرادة الفرد وبين القانون كبيرا . ولكن هذا النزاع سوف يحل من ناحية واحدة في خير مصلحة إرادة الفرد ، إذا لم يتدخل القانون نفسه بدوره ، بحيث تصح هذه الإرادة طالما قامت الإمكانية لذلك بالشروط السابق ذكرها .

ملحق
في
تحويل القرار الإداري

أولاً — وضع المشكلة : تطبيق قواعد القانون المدني في القانون العام :

١ — إن بحث تحول القرار الإداري يقتضينا قبل البدء فيه أن نبدأ ببحث مشكلة أولية وهي مدى إمكان الأخذ بقاعدة التحول في القانون العام ، مما يسوقنا بدوره إلى بحث مدى انطباق قواعد القانون المدني في القانون العام .

والمسألة محل البحث ليست مدى انطباق نصوص القانون المدني على القانون العام وإنما انطباق قواعد القانون المدني ؛ لأنه إذا كانت نصوص المجموعة المدنية قد عالجت أهم مشاكل القانون المدني ونظمه ، فإنها لا تنظم إلا ما هو جوهري منها تاركة ماعداء للقواعد التي استقرت في الفقه والقضاء على مدى أجيال متعاقبة ، بحيث أصبحت جزءاً من الثروة القانونية للعالم المتحضر .

والذي يدعونا إلى هذا البحث ، أنه لم تصدر إلى الآن في أي دولة مجموعة كاملة تقنن قواعد القانون العام وتضع الحلول التشريعية لمشاكله . وتحليل ذلك أن التقنين يفترض تطوراً كبيراً في النظم القانونية واستقراراً في المبادئ الأساسية ؛ ودليل ذلك أن القانون المدني لم يلق أول تقنين كامل له إلا بوضع مجموعة نابليون سنة ١٨٠٤ بعد مضي أكثر من ألفي عام على نشأته في روما ، أما القانون العام فهو قانون حديث النشأة ينفر من الاستقرار ويتمتع بالثقل . فالقانون الدستوري وهو أصله لم يتخلص من الأحلام الفلسفية والمطالب السياسية إلا باقتلاب سياسي في إنجلترا وفرنسا ، ولا زال إلى الآن حائراً بين ضرورات السياسة وإرآمال الفلسفة . أما القانون الإداري فلا زال في أول نشأته حائراً بين سلطان الإدارة وتحقيق الأمن القانوني ، فلا يتصور إذن أن تقنن مبادئه ، والتقنين استقرار وهي لازالت في دور النشوء والتطور وبينها وبين الاستقرار أمد بعيد .

لهذا لم يكن مستغرباً أن يلجأ إلى قواعد القانون المدني لاستلهاام الحلول التي تطبق في القانون العام ، كما لم يكن مستغرباً كذلك أن يؤدي اختلاف طبيعة علاقات القانون العام عن علاقات القانون المدني إلى الثورة في وجه هذا الاتجاه ومحاولة وضع قواعد خاصة بالقانون العام منفصلة عن قواعد القانون المدني . كما لم يكن غريباً كذلك أن تقوم محاولات لإدماج القانون العام في القانون الخاص باعتباره الأصل (الفقه الأنجلوسكسوني والمدرسة الفرنسية القديمة) ،

أو لإدماج القانون الخاص في القانون العام (هانز كلسن والمدرسة النمسية —
ديجي ومدرسة بورديو). ولكن يمكن أن نقرر دون تحيز إلى أحد الآراء المتطرفة،
أنه لا خلاف بين فقهاء القانون العام والقانون الخاص على أنه حيث لا تقتضي
طبيعة العلاقات العامة نظرا خاصا في تأصيل القاعدة القانونية التي تحكمها، فإنه
يمكن، دون تردد، تطبيق قواعد القانون المدني على علاقات القانون العام، أو على
الأقل الاستهداء بها في الوصول إلى استنباط ما يحكم علاقات القانون العام
من قواعد. فإذا كان لا خلاف في الوقت الحاضر على أن علاقة الوظيفة العامة
لا تخضع لقواعد عقد العمل، فلا خلاف كذلك في أن القواعد المدنية الخاصة
بالإرادة تلي تطبيقا مقاربا في القانون العام، ولا خلاف على أن نصوص التقادم
المدنية تسرى على علاقات القانون العام كذلك إلا إذا استبعدنا نص خاص.
كما أن القواعد التي تحكم مسؤولية الدولة لازالت تقوم في أساسها على قواعد
المسؤولية المدنية. وأخيرا فإن المبادئ الأساسية بشأن القاعدة القانونية والحق
لا زالت واحدة في القانون الخاص والعام، لأنها في الحقيقة إعمال لمبدأ القانون
في ذاته فلا تقتصر على فرع من فروع. إلا أنه إذا تباينت طبيعة علاقة
القانون العام مع قاعدة القانون الخاص، تعين استبعاد تطبيق هذه القاعدة على
تلك العلاقة.

ثانيا : تطبيق التحول في القانون العام :

٣ — وقد بينا فيما سبق المبادئ التي تحكم تحول التصرف القانوني في القانون
الخاص، وهي قواعد تستند إلى المادة ١٤٠ ألماني و ١٤٤ مصري، ولا نجد
في القانون العام نصا مماثلا لهذه النصوص. وقد بينا أن مجال التحول هو إعلان
الإرادة الباطل إذا وافق آخر صحيحا وتوافرت نية التحول الإغراضية. فإذا
توافرت أركان التحول تعين على القاضي أن يحكم به ولو من تلقاء نفسه. فالتحول
هو وسيلة فنية لإنقاذ الإرادة من مصير البطلان. فهل ثمة مجال لإعمال التحول
في نطاق القانون العام ؟

إن القانون حين يقرر بطلان عمل الإرادة يتجاهل في الحقيقة واقعة من وقائع
الحياة التي تمت واكتملت فيمتزها كأن لم تكن. وإذا أراد القانون ألا يكون
غريبا عن الحياة فيجب عليه ألا يبتعد عنها إلا بقدر ما تقتضيه ضرورتها هي

نفسها . فهو حين يبيع التحول إنما يخلق في نفس الوقت وسيلة لإتقاد الإرادة ورفع آثار البطلان عنها وبذلك يفسر التعامل ويقترّب من ضرورات الحياة ويعمل على تحقيقها . فإذا كان هذا سببا كافيا لإقرار التحول في القانون الخاص ومداره المصلحة الفردية ، فإنه يكفي من باب أولى لإجازته في القانون العام ومداره مصلحة المجموع . كما أن مالدولة من سلطان في نطاق المعاملات العامة يقتضى هو الآخر تضيق مجال البطلان أو تخفيف آثاره ، ومن هنا نشأت قاعدة أن تصرف القانون العام لا يكون في العادة عند الشك في صحته باطلا بل بتعين رفع هذا الشك في وقت قصير إما بحكم قضائي أو بعمل من الدولة نفسها . وهذا الأساس نفسه يوجب إجازة التحول في القانون العام لأنه يؤدي إلى الإبقاء على الإرادة العامة وإتقادها من مصير البطلان (١) .

لهذا فقد استقر القضاء الإداري في ألمانيا وثبت في الفقه شبه لإجماع على إجازة التحول في القانون العام ، لأن حاجات القانون العام أشد إلحاحا في طلبه من حاجة القانون الخاص إليه . بل إن المحكمة العليا للدولة RG لم تردّد فيما عرض عليها من دعاوى إدارية في تطبيق التحول عليها . وكذلك لم تردّد المحكمة الإدارية الاتحادية B.V.G.H. منذ إنشائها في الأخذ بالتحول كحقيقة مسلّة في القانون العام .

وقد أثار بحث هذه المسألة على نطاق عام Voss في رسالته السابق الإشارة إليها^(٢) فعاجله Pappenheim في مقاله المشهور بالإيجاب .

٣ — أما الوحيد الذي عارض في ذلك فهو Rogge ويستند في ذلك إلى عدة أسباب :

(١) فالقرار الإداري ينشأ بطريقة خاصة ، ونلازمه قرينة قانونية على صحته سواء من حيث شكله أو مضمونه . وأساس ذلك ما أقامه المشرع من ضمانات لجعل نشاط الإدارة خاليا من العيوب ؛ وذلك باختيار الموظفين من فئات خاصة وإقامة الرقابة الإدارية سواء الرئاسية أو من هيئات خاصة ، ثم الجزاءات التأديبية وأخيرا التصوص الخاصة بالشكل (٣) .

(١) Pappenheim ص ٦ .

(٢) ص ٤٢ .

(٣) Rogge ص ٤٤ .

ويرد على ذلك بأن هذا أدعى إلى إجازة التحول . لأن قرينة الصحة التي تلازم القرار الإداري هي تعبير عن رغبة المشرع في الإبقاء عليه ما أمكن ذلك وإبعاده عن مصدر البطلان . فإذا ما سقطت هذه القرينة بتقرير البطلان ، فإن الإبقاء على إرادة الإدارة على وجه آخر يحقق الغرض الذي كانت تسعى إليه بعملها الباطل وبواقفه في غرضه وعناصره ، هو الذي يتفق مع رغبة المشرع في منع البطلان عن عمل الإدارة . أما الضمانات المقررة لخلو عمل الإدارة من العيب فيقصد بها في الحقيقة إبعاد البطلان عن القرار الإداري ما أمكن . فإذا لم تجد هذه الضمانات ورقة البطلان رغما عنها ، سقطت قرينة الصحة وكان من الواجب إجازة التحول لإيقاظ الإرادة إذا أمكن ، لا الوقوف عند البطلان وهو يحافى رغبة الشارع . فهذا السبب في الحقيقة قد يكون له ما يبرره لو أريد به منع البطلان عن القرارات الإدارية إطلاقا ، أما والبطلان مقرر بإرادة الشارع نفسه ، فإن نفس هذا السبب يدعو إلى إجازة التحول .

(ب) ثم يبين أن إجازة التحول بصفة عامة في القانون العام تؤدي إلى قلقلة خطيرة . إذ يمكن عن هذا الطريق ، وإرادة مصدر القرار هي التي تراعى وحدها عند تكوين الإرادة الإقرائية ، أن يكون القرار الجديد وإن اتحد في الغرض مع القرار الباطل ، مختلفا عنه في المضمون ، وبذلك يتحمل المكلف بالقرار شيئا مختلفا عما أعلن به ، وهذا ينقض الغرض من إجازة التحول^(١) .

والواقع أن هذا الاعتراض يتجاهل أركان التحول وأهمها موافقة القرار الجديد للبطل لا في الغرض وحده بل في العناصر كذلك . فاختلاف المضمون لن يمكن أن يتحقق على هذا الوجه ما دام شرط توافق العناصر متطلبا . بل إن شرط التوافق يحول بالذات دون الوصول إلى مثل هذه النتيجة . ثم إن التحول لن يجره الإدارة نفسها ، وإنما الغرض أن القرار أبطلته المحكمة بعد اتخاذ الإجراءات القضائية التي يمثل فيها المكلف بل هو الذي يحركها عادة ، فهو على علم تام بكافة التطورات . فإذا ما عملت المحكمة التحول ، فإن المكلف يكون أول من يعلم بالقرار الجديد . فلن ينطوى الأمر على مفاجأة له على الإطلاق . بل من الجائز أن يكون القرار الجديد أكثر فائدة له من القرار الباطل وهو لن يسوى.

مركزه القانوني على أى حال . وأخيرا فإنه في غير القرارات الصادرة من جانب واحد ، فإن الإرادة الإفتراضية التي يقوم عليها التحول ، لن تكون إرادة مصدر القرار وحده بل وإرادة المسكف كذلك .

(ح) ثم يحتاج بأن كثيرا من القرارات الإدارية لا تنتج آثارها في مواجهة المسكف فقط بل في مواجهة الغير كذلك ، وإقرار التحول بمس الصالح المشروعة لغير الذين اعتمدوا على القرار الباطل فقط وقد لا يعلمون بالقرار الجديد . وهذه الاخطار لا يمكن أن تقع في التحول المدني حيث يؤخذ في الاعتبار الإرادة الفرضية لجميع الأطراف ، كما أن آثار التحول إنما تقع بالنسبة لمن ساهموا في إنشاء التصرف فقط . فردية القرار الإداري وازدواج آثاره بالنسبة للمسكف والغير سبب جوهري يحول دون إيجاد مبدأ عام للتحول^(١) .

ويرد على ذلك بأن الفرض من القرار الإداري هو إحداث أثر قانوني معين في المركز القانوني للمسكف ، وهو لا يحدث في العادة أثرا مباشرا في مركز الغير . ثم لأنه ليس الغير أن يستفيد من هذا البطلان ، لأن الإدارة تستطيع بدون حاجة إلى التحول أن تعود وتصدر قرارا آخر تحقق به نفس غرضها من القرار الأول مع اتقاء العيوب التي أدت إلى بطلانه . فضلا عن التحول إنما تعمل المحكة بعد اتخاذ الإجراءات القضائية ، وهي كفيلة بأن يعلمه كل من لمس القرار الباطل مصالحه ويستطيع أن يتدخل في الدعوى لحمايتها . وأخيرا فإن اشتراط التوافق كفيل بدرء مثل هذه الاخطار وهي أشد وقوعا بالنسبة للتحول المدني على عكس ما يزعم Rogge ومع ذلك لم تكن سببا لاستبعاد التحول ، لأن شروط إعماله كفيلة بدرءها . ثم إنه عند بطلان التصرف المدني الصادر من جانب واحد ، يمكن دون شك إعمال التحول بفض النظر عن أن إرادة صاحبه فقط هي التي تؤخذ وحدها في الاعتبار عند تكوين الإرادة الإفتراضية بفض النظر عن آثاره التي حدثت بالنسبة لغيره . ولا تقتصر آثار التحول المدني على أطرافه فقط ، بل تمتد دون شك إلى الغير ، ولم يكن ذلك مانعا على الإطلاق من إجازة التحول^(٢) .

(د) ثم يذهب إلى أن القرارات الإدارية تختلف في طبيعتها ، فأجيانا

(١) ص ٤٥ .

(٢) ص ٤٦ .

تدخل للحد من حرية الأفراد والملكية وأحيانا تخول من تصيبه حقاً دون أن تلقى عليه عبثاً، وأحيانا تصدر لصالح من تصيبه هو نفسه وأحيانا لصالح الغير أو المجموع. ويرد على ذلك بأن شرط توافق العناصر واتحاد الغرض كفيلاً بأن يقع القرار الجديد في نفس النطاق الذي صدر فيه القرار الباطل ؛ وإنقاذ الإرادة خير من إهدارها . ثم إن هذا الخلاف في نوع القرار الإداري ليس من شأنه استبعاد التحول .

(هـ) ثم ينتهي إلى أن إجازة التحول تكون ذات أثر سىء على نشاط الإدارة ، إذ ما يزيد من عبء الإدارة بعملها أن تدرك أنه يكون باطلاً إذا شاب عيب ولا يتحول إلى عمل آخر (١) .

ويرد على ذلك بأنه لو صح هذا السبب ، لكان البطلان جزءاً واجباً لأتفه عيب يصيب القرار ، حتى تبذل الإدارة أشد العناية بعملها إذا ما علمت أن أتفه عيب يؤدي إلى إفساده ؛ بينما ذلك يتعارض مع قرينة الصحة التي أسس عليها اعتراضه الأول . فضلاً عن أن التحول لن يكون عاملاً على تسكسل الإدارة وإعمالها لعملها ، لأن إعماله ليس بيدها تقوم به متى رغبت ، وإنما لا تجريه إلا المحكمة بعد اتخاذ الإجراءات القضائية ، وعلائية الدعوى تسكفل التشهير بعيوب الإدارة وتسكسلها ، وهو ما تحرص على تفاديه لتبين للمحكمة أنها بذلت أقصى عنايتها وأن البطلان لم يكن راجعاً إلى إعمالها وتسكسلها .

ورغم ذلك فبعد أن خصص Rogge أكثر بحثه لتصيد أسباب إغلاق التحول في القانون العام ، عاد في النهاية (ص ٤٧ وما بعدها) وإجازة ، وإن قصر ذلك على أحوال فردية لم يبينها ، وإنما ضرب لها أمثلة يؤدي التعمق في بحثها إلى إجازة التحول فيها وفي غيرها .

(و) أما الاعتراض الأخير الذي يمكن أن يثار ضد إجازة التحول في القانون العام فهو اعتراض v. Turegg (٢) بأن القانون العام لا يتضمن نصاً مماثلاً للادة ١٤ مدني وبذلك لا يمكن تطبيقه . ويرد على ذلك بأن القانون العام لا يتضمن أى نص عام يبين نشوء القرار الإداري وأركانته وعبوبه وبطلانه ،

(١) ص ٤٧ .

(٢) القانون الإداري Verwaltungsrecht ص ٣٣ ، ٢٠٨ .

فلا يمكن الاستناد إلى تخلف النص في مجال لا نصوص فيه إطلاقاً .

ثالثاً : أركان التحول في القانون العام .

٤ — فإذا ما اتينا إلى إجازة التحول في القانون العام، وجب علينا أن نبحث أركانه وشروط إعماله . أما أركان التحول فهي (١) وجود قرار إداري باطل أو قابل للإبطال . فالتحول لا يسرى إلا على إعلان الإرادة ، فلا يسرى على الأعمال غير الإرادية مثل الفعل كأداء اليمين القانونية ، ولا على الوقائع القانونية مثل التفتيش (١) .

(ب) موافقة القرار الباطل لعناصر قرار آخر من حيث المضمون ومن حيث الشكل إذا كان القرار شكلياً .

(ج) إمكانية افتراض أنه عند العلم ببطولان القرار الأول فإن القرار الثاني كان قد يراد .

أما المسائل الفنية الخاصة فلا نعيد البحث فيها إذ يسرى عليها في القانون العام كل ما قلناه في القانون الخاص . وإنما تقتصر هنا على معالجة المسائل التي تثيرها طبيعة علاقات القانون العام .

٥ - ١ - القرار الباطل :

يدور البحث ونحن بصدد القانون العام عن تحديد الأحوال التي تبطل فيها إرادة الدولة وإعمال التحول فيها . فأرادة الدولة ذات السيادة تظهر في صور متعددة طبقاً للمجال الذي تباشر فيه نشاطها . وقد مضى المنهج على تقسيم وظائف الدولة تبعاً لتقسيم منسكبي السلطات التي تباشرها ، إلى تشريع وقضاء وتنفيذ أو إدارة . فكل عمل السلطة التشريعية تشريع وكل عمل السلطة القضائية قضاء وكل عمل السلطة التنفيذية إدارة . ولهذا تكون القوائم التشريعية قراراً إدارياً لصورتها من الإدارة لا من السلطة التشريعية . وهذا هو المعيار الشكلي الذي يقيم التقسيم على أساس الاختصاص . أما المعيار الموضوعي فيقيم التفرقة على أساس طبيعة عمل الدولة نفسه لا على أساس الاختصاص العام للسلطة التي أصدرته ،

فتكون اللوائح التشريعية تشريعا رغم صدورهما من الإدارة ، ويكون قانون الميزانية عملا إداريا رغم صدوره من السلطة التشريعية .

والذى يهتأ في هذا الصدد أن إرادة الدولة إنما يتم التعبير عنها إما بالتشريع أو بعمل الإدارة . أما القضاء فليس في حقيقته تعبيراً عن إرادة الدولة ، وإنما هو إنفاذ هذه الإرادة في الوقائع الفردية التى تعرض عليه . فهو لا يمثل إرادة مستقلة في مقابل التشريع والإدارة ؛ ولهذا استطاع منتسكيو أن يقول عنه أنه كسلطة باطل على وجه ما (١) en quelque façon nul . ويبدو أنه أراد بذلك أن القضاء ليس له كيان مستقل باعتباره سلطة في التعبير عن إرادة الدولة . إذ أنه مقيد بإرادة الدولة التى يعبر عنها الدستور والقوانين ، وهو لا يملك إلا تطبيق هذه الإرادة دون أن يستطيع أن يعبر عن إرادة خاصة به تقوم في مواجهة السلطتين الأخريين .

ولما كان القضاء ليس إلا إنفاذا لإرادة الدولة وليس خلقا لها ، فإن عمله وهو الحكم لا يمكن أن يكون محلا للتحويل حتى ولو كان باطلا . فضلا عن أن قيود الشكل الثقيلة تحول دون ذلك حتى لو تصور جوازها (٢) .

(٦) أما إعلان إرادة الدولة على الوجه الآكل فيتحقق في التشريع . والقانون

(١) Esprit des lois (1748). Livre XI, chapitre 6.

(٢) يعتبر Kormann في كتابه System من ٢٧ من القرارات الإدارية عمل القضاء الذى ليس حكماً وإنما الذى له طابع التصرف القانونى . ويقاربه تعريف W. Jellinek فى Der Fehlerhafte Staatsakt . وبالرغم من أن Pappenheim من ٤٣ وما بعدهاء يذهب إلى ما نراه هنا ، إلا أنه يرى إمكان تصور التحول في أحكام القضاء (ص ٤٤ ، ١٥) وذلك فيما يخلق بالحكم الأجنبى الذى يطلب تنفيذه في ألمانيا . فإذا كان هذا الحكم لا يجوز تنفيذه في ألمانيا لمخالفته للنظام القانونى الألمانى فيعتبر لذلك باطلا في ألمانيا ، إلا أنه بدلا من أن يقرر القاضي الألمانى هذا البطلان يحوله إلى حكم وطنى بنظام مشابه . ويضرب لذلك مثل الحكم الصادر بقرار الانفصال الجسدى بين زوجين كاثوليكين مقيمين في ألمانيا من محكمة كاثوليكية أجنبية . فلا انفصال الجسدى نظام لا يقره القانون الألمانى ولذلك لا يجوز للقاضى الألمانى أن يأمر بتنفيذ مثل هذا الحكم في ألمانيا . ولكن يكون له بدلا من ذلك أن يحوله إلى حكم بإيقاف المعيشة الزوجية المشتركة (م ١٥٧٥ مدنى و ٤٨ من قانون الزواج سنة ١٩٤٦) ؛ وهو وإن لم يكن انفصالا جسدياً إلا أنه ينفى منه في أفراسه وهو منيع المعيشة الزوجية المشتركة دون تقرير الطلاق . وهذه الحالة حتى لو سعت لا تمارض البدأ الذى قرره .

الصادر من السلطة التشريعية المختصة لا يكون باطلا ، إلا إذا خالف الأوضاع التي رسمها له الدستور من حيث الشكل والإجراءات ، أو إذا خالف المبادئ التي وضعها الدستور من حيث موضوعه . فإذا كان العيب ناشئا عن عدم استكمال الإجراءات الدستورية فليس ثمة قانون إطلاقا ، ولهذا لا يمكن أن يوافق القانون الباطل قانونا آخر صحيحا . أما إذا كان العيب متعلقا بمخالفة الدستور من حيث الموضوع ، فالتحول ينغلق كذلك ، لأن أي تنظيم يسعى إلى نفس الغرض سوف يصطدم بالنص الدستوري ولذلك يكون غير جائز . فلا تبقى إذن إلا حالة واحدة وهي أن يكون العيب فيها لاصقا بإرادة المشرع لا بنص التشريع نفسه ؛ بأن يصدر القانون متفقا مع الدستور في تنظيمه ، ولكن تكون الهيئة المشرعة قد أفصحت في مناقشتها أو في المذكرة الإيضاحية للقانون أنها تقصد به غرضا معينا يتعارض مع مبادئ الدستور . مثلا يصدر قانون بتقرير معاش لسلك موظفي الدولة ، ثم تذكر المذكرة الإيضاحية أنه لا يسرى على فئة معينة من الموظفين ، وتفصح مناقشات الهيئة التشريعية عن تأكيد هذا المعنى . فهنا تكون العبرة عند تفسير النص وتطبيقه لا بإرادة المشرع وإنما بإرادة القانون ، أي ليس بإرادة المشرع الحقيقي الذي أصدر التشريع فعلا ، وإنما بإرادة المشرع التصوري المستخلصة من مجموع نصوص التشريع والتي تتطور مع الزمن . فلا عبرة إذن بإرادة المشرع الفعلي المخالفة للدستور فهي لا تؤدي إلى بطلان القانون ، مادامت إرادة القانون نفسه لا تتعارض مع الدستور . فهنا ينتهي بنا التفسير إلى تقرير الصحة للقانون نفسه ولا نكون في حاجة إلى التحول لتقرير الصحة لقانون آخر بواقفه (١) . وفي هذا الاتجاه يقع حكم المحكمة العليا للدولة RG الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٢٥ (٢) ، وكان الأمر خاصا بتطبيق قانون المعاش السكسوني الصادر في ٢٩/٥/١٩٢٣ على أعضاء المجلس السكسي . فالذكرة الإيضاحية للقانون ومناقشات المجلس التباين ، كانت كلها صريحة واضحة في عدم صريانه عليهم ، بينما كان نص القانون نفسه عاما ولا يفيد التقييد . فلما رفع النزاع وتمسكت حكومة سكسونيا بعدم انطباق القانون عليهم تمسكوا بعدم دستوريته لمخالفته للادة ١٣ من دستور فيمار . فاقته المحكمة إلى أن إرادة المشرع السكسوني لا اعتبار لها

(١) فان Pappenheim ص ٥٧ .

(٢) RG. 107/287.

ما دام نص القانون نفسه لا يخالف الدستور ، وانتهت إلى سريان القانون عليهم لأن نصه لا يفيد المنع كما هي إرادة المشرع الفعلي ، ولذلك كان دستوريا ، بعد أن أعلنت أن إرادة المشرع الحقيقي وإن خالفت الدستور فلا أثر لها على القانون نفسه الذي لم يعبر عن إرادة المشرع الحقيقي ، وبذلك نجا من العيب الذي شاب إرادة هذا المشرع ، وإنما كان تعبيرا عن إرادة القانون نفسه .

فلا مجال إذن لا لتطبيق التحول بالنسبة للتشريع .

ومع ذلك فيجب إدخال تحفظ على هذا المبدأ : فثلا إذا كان الدستور يتطلب لإجراء تعديل فيه سواء بتغيير نص قائم أو إضافة حكم جديد لإجراء خاصا مثل حضور عدد معين من أعضاء المجلس وموافقة أغلبية معينة بما لا يتطلب في القانون العادي ، ثم صدر قانون دستوري وافق عليه البرلمان ولكن بدون الأغلبية المطلوبة ، فالقانون باعتباره تشريعا دستوريا يكون باطلا ، ولكن إذا كان مضمونه بما يقع في اختصاص المشرع العادي ، وكان بذلك يوافق قانونا عاديا ، فليس ثمة ما يمنع من تحول التشريع الدستوري الباطل إلى تشريع عادي . وكذلك في الصورة العكسية : إذا أصدر المشرع العادي قانونا عاديا وافقت عليه الهيئة التشريعية بأغلبية تزيد عن تلك التي تلزم لإجراء تعديل دستوري ، وكان القانون في حقيقته مخالفا لقاعدة من القواعد الدستورية التي يجوز تعديلها بقانون دستوري ، فإن القانون يكون باطلا باعتباره قانونا عاديا لمخالفته لنص دستوري . ولكنه وقد توافرت له العناصر اللازمة للقانون الدستوري ، فليس ثمة ما يمنع من تحوله من قانون عادي إلى قانون دستوري باعتباره معدلا للنص الدستوري ، ولكن يلزم لذلك بداهة أن يتعد المشرع الدستوري والمشرع العادي .

٧ — ويتعين علينا قبل أن نصل إلى القرار الإداري ، أن نعقب الكلام على القانون يبحث الأمر بالنسبة للوائح التشريعية . فاللائحة التشريعية هي ككل اللوائح عمل إداري من حيث الشكل ولكنها تشريع من حيث الموضوع . لهذا يسرى عليها في الواقع ما يسرى على القانون نفسه سواء كانت لوائح تفويضية أم لوائح ضرورية (١) .

أما اللوائح التنفيذية وهي الصادرة من الإدارة تنفيذًا لقانون فلا نزاع في أنها

عمل إدارى ، وبطلانها إما أن يرجع إلى بطلان القانون نفسه الذى استندت إليه أو إلى مخالفتها من هذا القانون. فى الحالة الأولى يكون عمل التحول ليس اللائحة وإنما القانون الباطل نفسه ، فبمقتضى التحول كما سبق البيان . وفى الحالة الثانية لا يمكن أن يتحقق شرط التوافق لأن أى تنظيم لائعى موافق سيكون مخالفاً للقانون كاللائحة الباطلة تماماً ولهذا يمتنع التحول أيضاً .

أما اللوائح المستقلة autonome ولوائح البوليس فىبى لا تفرق عن القرار الإدارى ، إلا فى أن المكلفين بها هم عدد غير محدود بذاته من الأشخاص . فىبى فى حقيقتها قرار إدارى جام لا فردى^(١) ، فىبى تستطيع أن تنشئ حقوقاً والتزامات عامة ولكن لا تستطيع أن تنشئ قاعدة قانونية . ولهذا يسرى عليها كل ما يصدق بالنسبة للقرارات الإدارية .

٨ - أما الصور الأخرى التى يتم فيها التعبير عن إرادة الدولة باعتبارها دولة فينظمها القرار الإدارى بأنواعه . ويقوم إلى جانب التعبير عن إرادة الدولة لا باعتبارها دولة وإنما باعتبارها شخصاً عادياً خاضعاً للقانون الخاص ، وهى تصرفات الدولة الخاصة التى تخضع لأحكام القانون المدنى دون القانون الإدارى . ولا شك أن هذه الأخيرة تخضع لما يخضع له إعلان الإرادة الفردية من أحكام ، سواء اتخذت الصورة التعاقدية أو صورة التصرف القانونى من جانب واحد . فىبى تخضع لكافة الأحكام المدنية سواء من حيث نشوئها ونشأتها وبطلانها . ولهذا يجرى عليها التحول طبقاً للمادتين ١٤٠ مدنى ألماني و١٤٤ مدنى مصرى .

أما القرار الإدارى فهو التعبير عن إرادة الدولة ، باعتبارها صاحبة السلطة العامة ، تنجى إلى إحداث أثر قانونى سواء بإنشاء علاقة قانونية أو تعديلها أو القضاء عليها . فالقرار الإدارى لا يفرق فى طبيعته الفنية عن التصرف القانونى الخاص ، فكلاهما تعبير عن إرادة تنجى إلى إحداث أثر معين فى عالم القانون . أما الفارق الجوهرى بينهما فهو فى إختلاف الشخص الذى تصدر منه الإرادة ، فهو فى الحالة الأولى الدولة أو فروعها المزودة بالسلطة العامة والى تملك

(١) G. Jellinek فى كتاب القانون واللائحة Gesetz u. Verordnung

الإجبار والتنفيذ المباشر ، وفي الحالة الثانية الفرد العادي الذي لا يتمتع بمثل هذه السلطة في علاقته بغيره من الأفراد . ومن هذا الفارق وحده ينشأ الخلاف في تقرير الأحكام لكل من النوعين من أنواع الإرادة . ويفترق القرار الإداري عن التشريع ، في أن الأخير يضع قاعدة عامة مجردة تسرى بالنسبة للجموع أو لفئة غير محددة منهم ؛ بينما القرار الإداري فردي الأثر ، يتوجه إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات . كما يفترق القرار الإداري عن عمل القضاء ، في أن العمل الإداري هو تعبير مستقل عن إرادة الدولة من شأنه أن ينشئ أثراً قانونياً ، أما القضاء فهو كما سبق القول لا يعبر بذاته عن إرادة خاصة للدولة ، وإنما يقتصر دوره على تطبيق هذه الإرادة وإنفاذها ، فهو يكشف عن حالة قانونية قائمة ؛ أي أن عمله يقتصر على تقرير ما هو كائن وليس له دور إنشائي كالقرار الإداري .

٩ — وتطبيق التحول على القرار الإداري يقتضي أن يكون هذا القرار باطلاً . ويكون كذلك إذا كان بطلانه مطلقاً ، أو إذا كان قابلاً للإبطال وأبطل فعلاً سواء بحكم من القضاء أو بعمل من الإدارة . أما قبل إيقاع الإبطال ، فإن قرينة الصحة التي تلازم القرار الإداري تجعل من المتمعن معاملته باعتباره صحيحاً حتى ولو كان معيباً ، إذ أن مجرد طعن صاحب الشأن في القرار لا يكفي اسلبه صحته ، ولهذا فإن التحول لا ينطبق على القرار الإداري المقابل للإبطال إلا بعد إتمام لإبطاله فعلاً (١) .

١٠ — ب — التوافق :

كما يتعين أن يوافق القرار الباطل عناصر قرار آخر صحيح . فيجب أن يكون القرار الجديد قراراً آخر غير القرار الباطل ، أي لا يكون هو نفسه ، بل يكون بينهما اختلاف ما سواء من حيث النوع أو المضمون فقط . ويجب أن يتوافق القراران الباطل والجديد سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون .
ويقضي ذلك ألا يكون القرار الجديد يتطلب شكلاً أشد من القرار الباطل .

فإذا كان القرار الأول باطلا لعدم استيفائه الشكل الكتابي فيمكن تحويله إلى قرار غير شكلي ، ولكن العكس لا يجوز إطلاقا .

لهذا لا يجوز تحويل قرار إداري بزع ملكية عقار ، كان باطلا ، إلى اتفاق مدني على نقل الملكية ؛ وذلك أن نقل الملكية المدني يتطلب عمل التخلي والقيّد في السجل العقاري (في القانون الألماني) ، بينما قرار نزع الملكية لا يخضع لشرط القيد في السجل العقاري ؛ ولهذا لا يتحقق التوافق الشكلي ، فيمتنع التحول^(١) .

أما العنصر الأهم في التوافق الشكلي فهو عنصر الاختصاص . وذلك أن الاختصاص وإن كان ركنا موضوعيا لا شكليا في القرار الإداري ، إلا أنه عند بحث ركن التوافق يكون ذا طبيعة شكلية ، ولهذا يتعين بحثه مع التوافق الشكلي^(٢) . إذ يجب أن يتوافق القراران الباطل والجديد من حيث الاختصاص ، بمعنى أن يكون القرار الجديد من اختصاص نفس الجهة التي صدر منها القرار الباطل . أما إذا كان بطلان القرار الأول راجعا إلى عدم الاختصاص بالذات ، فيصعب تحقق شرط التوافق ، إذ أن القرار الجديد يكون مشوبا في الغالب بنفس العيب ، فلا يتحقق شرط صحته .

إلا أن الحالة التي تستحق البحث هي حالة اختلاف الاختصاص في القرارين ولكن مع وحدة الشخص الطبيعي الذي يلي أمر جهتي الإدارة في وقت واحد . وواضح أن وحدة الشخص الطبيعي لن يكون معناها توحيد الاختصاص أو تحقق توافقه . لأن الاختصاص هو إجراء شكلي يتعلق بأداء سلطات الدولة لوظائفها ولا يؤثر عليه أن يلي شخص طبيعي واحد اختصاص جهات متعددة . ولكن المثل الذي يستحق الذكر هنا هو الذي ضربه Pappenheim (ص ٢١) : فإذا صدر في ظل دستور بسمارك (١٨٧١ - ١٩١٨) أمر إمبراطوري إلى كافة سلطات البوليس في الإمبراطورية الألمانية ، فإنه يكون باطلا لعدم اختصاص سلطات الإمبراطورية بهذا الشأن . ولكن ألم يكن يمكن تحويله إلى أمر ملكي من ملك بروسيا إلى كافة سلطات البوليس في مملكة بروشيا ، خاصة وأن الذي وقع إلى جانب الإمبراطور باعتباره مستشار الإمبراطورية هو في نفس الوقت رئيس

(١) تارن Pappenheim ص ١٩ .

(٢) تارن Pappenheim ص ٢٠ .

وزارة بروسيا الذي يوقع إلى جانب ملكها . والواقع أن الذي يحول دون التحول هنا هو تعلق الإختصاص بتنظيم أداء وظائف الدولة واعتبار أن إرادة الدولة قد اتجهت إلى أن يكون الإختصاص منوطا بجهات الإدارة ووظائفها ، وليس بالشخص الطبيعي الذي يلى الوظيفة أو يقوم على أمر جهة الإدارة .

١١ — كذلك يجب أن يتوافق القراران الباطل والجديد من حيث المضمون ، فيوافق القرار الباطل عناصر القرار الجديد . والتوافق ليس هو الإحتواء والتضمن كما سبق القول . وضابط التوافق هو الغرض العملى أو الإقتصادى أو القانونى الذى يستهدفه كل من القرارين كما سبق الإيضاح ؛ فيجب أن تكون النتيجة العملية المستهدفة بالقرار الباطل ممكنة التحقيق في جوهرها بالقرار الثانى ولو على وجه مشابه على الأقل (١) . إلا أنه يجب أولا التحقق والتأكد من غرض القرار الباطل حتى يمكن بحث ركن التوافق الموضوعى . فإذا لم تتبين المحكمة هذا الغرض الحقيقى وجعلت الوسيلة غرضا ثم أجرت التحول ، فإن الحكم يكون أخطأ لاني أعمال التحول فقط ، بل وفي تطبيق القانون إطلاقا . ويوضح ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا لسكسونيا Sächsisches O.V.G. فى القضية التالية (٢) : تلقى فلاح قراراً من أبوليس يأمره بإزالة كوم السباح الموجود فى أرضه فى خلال مدة معينة حددها له ، بحجة أنه يتفاعل مع تربة الأرض إلى حد عميق وهى هشة التكوين فتؤدى إلى تلوث المياه الباطنية . فلما تبينت المحكمة أن الأرض تحت السباح وحوله إلى مدى كبير شديدة الصلابة وأن السباح لا يتفاعل معها وبذلك لا يلوث الماء الباطنى ، أبطلت القرار ؛ ولكنها استبقته بحجة أن كوم السباح يعتبر مياة لتربية الحشرات المؤذية كالذباب بدرجة غير عادية . فالمحكمة لم تتبين الغرض الحقيقى من القرار . فهذا الغرض لم يكن مجرد إزالة كوم السباح ، وإنما هو منع تلوث الماء الباطنى ، واعتقد البوليس أن خير وسيلة لذلك هى إزالة كوم السباح . فالإزالة كانت وسيلة لتحقيق الغرض وليست الغرض نفسه . فإذا تبينت المحكمة عدم ملائمة الوسيلة وجدواها ، وتلك مسألة واقع تفرد المحكمة بتقديرها ، فأبطلت القرار ؛ فليس في قضائها ما يعترض عليه . ولكن المحكمة تناست غرض القرار وهو مكافحة تلوث الماء الباطنى ، واعتبرت الوسيلة

(١) Pappenheim ص ٢٣ .

Entsch. d. Sächs O. V. G. 17/97. (٢)

وهى إزالة كوم السباح غرضا ، ثم بحثت في إمكان الوصول إلى ذلك عن طريق آخر ، فأتت أن كوم السباح يعتبر مباءة للحشرات ، فإذا لم يكن يلوث الماء الباطنى فهو مباءة لتربية الحشرات ولهذا يتمين إزالته . لهذا استبقت المحكمة قرار إزالة كوم السباح الصادر بقصد منع تلوث الماء الباطنى . وكان لذلك باطلاً وباعتباره قراراً لمخالفة انتشار الحشرات . وهنا يتناقض الحكم مع نظام التحول : إذ ضابط توافق القرارين الباطل والجديد موضوعياً هو الغرض وهو ما لم يتحقق في هذه الحالة . فضلاً عن أن المحكمة وقد تجاهلت الغرض الحقيقى للقرار واعتبرت وسيلته غرضاً ، تكون قد جاوزت حدود سلطة القضاء ، وبدلاً من أن تفصل في المشروعية أقامت نفسها محل سلطة البوليس في البحث عن تبرير آخر لاستبقاء القرار ولو تحت غرض آخر وهذا ما لا يملكه القضاء . فمخالفة الحشرات غرض آخر غير مخالفة تلوث الماء الباطنى ، وليس للمحكمة أن تبدأ هى من نفسها للقيام به . ولكن لو تصورنا أن الغرض الحقيقى للبوليس من إزالة كوم السباح كان مجرد أسباب تجميلية من حيث الذوق العام والإحساس الجمالى ، وأخفى البوليس هذا الغرض تحت ستار مخالفة تلوث الماء الباطنى ، فهنا يكون الغرض الحقيقى للقرار هو الذوق والتجميل . فإذا أدركت المحكمة أن تحقيق هذا الغرض الحقيقى تحت ستار الغرض الظاهر للبوليس غير ممكن ، ثم عدت إلى البحث عن تبرير آخر للوصول إلى الغرض الحقيقى ، فتبينت في اعتبار كوم السباح مباءة للحشرات ؛ فإن المحكمة تكون قد أخطأت كذلك ، لأنها لم تكن تستطيع أن تبين من الأوراق الدافع التجميلى السكامن وراء قرار البوليس ، وليس لها أن تستند إلى عليها الخاص ؛ فضلاً عن أن ظموره كان يؤدي إلى إبطال القرار كذلك ، إذ أن غرض القرار كما عرض عليها كان مخالفة تلوث الماء الباطنى وليس مجرد إزالة كوم السباح . فلو أرادت المحكمة إعمال التحول ، لوجب عليها أن تبحث عن قرار آخر يكون غرضه مخالفة تلوث الماء الباطنى وليس إزالة كوم السباح^(١) .

(١) ويصف هاتشك Hatschek في كتابه § 131 Institutionen : منه الحالة بأنها تحول ، وواضح عدم صحة ذلك . ويهاجم هاتشك والحكم كل من W. Jellinek في كتابه القانون الإدارى Verw. R. ٤٦٥ و Pappenheim س ٢٦٠٤٤ .

١٢ - ٢ - الإرادة الافتراضية :

أما الركن الثالث من أركان التحول فهو الإرادة الافتراضية ، أى إمكان افتراض أن مصدر القرار لو كان قد علم عند إصداره بالبطلان ، كان قد يريد هذا القرار الآخر . ومن الناحية الفنية يجرى على الإرادة الفرضية هنا ما سبق بيانه عند الكلام على التحول المدنى . فالإرادة هى إرادة افتراضية ليست احتياطية ولا احتمالية . ويجب ألا يكون مصدر القرار قد علم عند صدوره بما لحقه من عيب وإلا امتنع التحول . ووقت تكوين الإرادة وإعمال التحول هو وقت إصدار القرار الباطل وليس أى وقت لاحق مثل وقت رفع الدعوى أو الحكم . إلا أنه يمكن للقاضى أن يدخل فى اعتباره الإرادة الحالية عند تكوين الإرادة الافتراضية .

على أن أمر الإرادة فى القانون العام يقتضى بحثاً خاصاً . فالدولة وجباتها الإدارية ليست شخصاً طبيعياً يعبر بنفسه عن إرادته ، وإنما هى أشخاص معنوية يتولى شخص طبيعى أو مجموع من الأشخاص الطبيعية القيام عنها وباسمها بهذا التعبير . فهل العبرة بإرادة الدولة نفسها أو بإرادة الشخص الطبيعى الذى يمثلها وقد تختلفان . لا شك أن العبرة إنما هى بإرادة الدولة نفسها وليس بإرادة الموظف أو الهيئة التى تنوب عنها . كذلك فى القرارات الصادرة من هيئة متعددة الأشخاص ، فالعبرة بإرادة الهيئة وليس بإرادة من يتكلم باسمها . وتتضح أهمية ذلك عند تغير شخص مصدر القرار فيما بين صدوره وبين إبطاله وإعمال التحول . فقد يكون الموظف الجديد مختلفاً مع الموظف الأصلى فيرى بطلان القرار أو عدم ملائمة لتحقيق الغرض . ويضغ ذلك من المثل التالى : إذا منح مدير البوليس من الشخص رخصة لفتح محل لبيع الخور بشرط ألا يستخدم فى هذا فى عمله عناصر نسائية للخدمة . فكتب المواطن ج مقالا فى إحدى الجرائد محتجا على ذلك لأن هذا الترخيص يضيف إلى المحال الموجودة فى المدينة وهى زائفة عن الحاجة وملا آخر بغير مبرر . ثم مات من وخلفه ج فى منصبه فسحب الرخصة بحجة أن قرار منحها كان باطلاً لأنه كان مقيداً بشرط . وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا^(١) هذا البطلان تطبيقاً لنص المادة ٤٤ ف١ من قانون نظام المهن وهو نص إلزامى . فلو كانت المحكمة قد أضافت إلى ذلك أن هذا القرار الباطل يوافق قراراً

آخر صحيحا مصحوبا بتكليف متعلق بالآداب وهو منع استخدام العناصر النسائية، فإن هذا القرار وهو صحيح يوافق القرار الباطل ، وسوف يكتسب الصحة عن طريق التحول، إذا أمكن افتراض أنه كان قد يراد عند العلم ببطلان القرار الأصلي. ولكن مدير البوليس ج وهو طرف في الدعوى يستطيع أن يتقدم إلى المحكمة بعدد الجريمة الذي نشر فيه مقاله عند صدور القرار الباطل ليثبت أنه لم يكن ليمنع هذه الرخصة إطلاقا ، أى يثبت أنه لم يكن ليريد استبقاء القرار بأية حال عند بطلانه . ولكن القاضي وهو يعمل التحول لا يقيم اعتبارا لإرادة مصدر القرار الحالية عند رفع الدعوى ، ولهذا فلن يعتد بإرادة خلفه الحالي التي قامت فعلا عند صدور القرار، وهذا يجرى التحول. فإرادة الدولة ليست دائما إرادة القائم على تمثيلها. فهي لا ترتبط دائما بشخص للمعبر عنها ، وإذا خرجت إلى الوجود فلن تحتاج في استمرار تفهمها إلى ارتباطها بإرادة الشخص . إذ متى صدرت باعتبارها إرادة الدولة ، ظلت قائمة حتى ولو تغير شخص النائب بسبب الموت أو ماعداء . فالعبرة إذن بما كانت تكون عليه إرادة الدولة وقت صدور القرار الباطل عند العلم بطلانه . وهي في هذه الحالة إرادة مدير البوليس المتوفى لا الحالي (١) .

وإذا كانت إرادة الدولة هي التي تراعى وحدها في تكوين الافتراض في القرارات الإدارية الفردية أى الصادرة من جانب الدولة وحدها دون تدخل من المكلف ؛ إلا أنه في القرارات التي تقتضى في صدورها مشاركة من قبل الفرد ، بحيث لا يمكن صدورها بإرادة الدولة وحدها ، بل يجب أن تتعاون فيها إرادة الدولة وإرادة الفرد ، لحيث يكون من المتعين إدخال الإرادتين معا في تكوين الإرادة الافتراضية اللازمة لإجراء التحول .

١٣ - د - سلطة القاضي في تطبيق التحول :

ويسرى هنا ما سبق أن بيناه من أن القاضي يلتزم من تلقاء نفسه بإعمال التحول إذا توافرت شروطه . ولا يحتاج في ذلك إلى طلب من صاحب الشأن ، بل إنه يستطيع إعماله عند إرادة جميع أصحاب الشأن الحالية ، إذا ما تحقق من توافر الإرادة المفترضة عند صدور القرار (٢) .

(١) Pappenheim ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٢) تارن ما سبق ذكره في هذا الشأن من الرسالة و Pappenheim ص ٣٧ ،

W. Jellinek في Verw. R. ص ٢٦٥ .

رابعاً :

١٤ - وفيما يلي أمثلة لتطبيق التحول في أحكام القمنا .

(١) استبقت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا Pr. O.V.G. في حكمها الصادر في ١١/٧/١٩١٢ (١) قراراً بفرض الضريبة طبقاً للمادة ٨٥ من قانون الموارد البلدية البروسي إلى قرار بفرض الضريبة طبقاً للمادة ٨٣ من نفس القانون ، والنصان متعلقان بآثار التهرب من الضريبة من حيث القانون المالي . فالمادة ٨٣ تعطي البلدية الحق عند التهرب من ضريبة بلدية في المطالبة اللاحقة بالمبلغ المتهرب منه . أما المادة ٨٥ فتعطيها الحق عند التهرب من ضريبة للدولة يترتب على التهرب منها الإلتزام بدفع مبلغ إضافي ، في المطالبة اللاحقة بهذا المبلغ الإضافي . وقد استقر قضاء المحكمة على أن المادة ٨٥ تقتصر على الأحوال التي يغطي فيها الإيراد المنتج لضريبة الدولة وضريبة البلدية أحدهما الآخر ، لهذا فقد حكمت في هذه الدعوى بطلان قرار فرض الضريبة طبقاً للمادة ٨٥ لعدم توافر هذا الشرط . ولكن مدير تقدير ضريبة الدولة في هذه المدينة كان في نفس الوقت عضو البلدية المختص بالضرائب البلدية ، فإذا قدم إليه بصفته الأخيرة لإقرارات غير صحيحة تؤدي إلى التهرب من الضريبة ، فإن القرار الصادر طبقاً للمادة ٨٥ بدفع الزيادة يوافق قراراً مماثلاً بدفع الضريبة البلدية . فإذا توافر هذا الشرط الواقعي ، الذي كان يجب أن يتحقق منه قاضي أول درجة ولهذا أحالت المحكمة عليه الدعوى ، فقد رأت المحكمة أنه عند العلم بطلان القرار الصادر طبقاً للمادة ٨٥ ، فإنه يمكن افتراض أن القرار الموافق طبقاً للمادة ٨٣ كان قد براد .

(٢) وفي حكم آخر لنفس المحكمة (٢) استبقت فيه القرار الباطل برفض منح رخصة البناء : فقد رفض منح تجار رخصة بناء ورشة نجارة بحجة أن احتمال احتراق المبنى يعرض مخزون الذخيرة الحربية المجاور لخطر الانفجار . فنع الرخصة باطل إذ لم يكن يعترض إقامة المبنى أى سبب متعلق بأمن المباني : ولكن إقامة المبنى كانت تعرض الطمأنينة العامة للخطر ، كما بين البوليس في قرار المنع ، لأن النجار

أصبح بقصد الذي أوضحه ، معرضا الراحة العامة للخطر . فالطمأنينة العامة وليس أمن البناء هو الذي كان يؤدي إلى منع إقامة المبنى . وغرض القرار الباطل كان منع البناء إطلاقا وليس مجرد حماية نظام المباني بحيث يكون منع الرخصة مجرد وسيلة لتحقيقه . ولما كان فرعا للبوليس كانا في يد سلطة واحدة ، لهذا حكمت المحكمة بتحويل قرار أمن البناء الباطل إلى قرار لحماية الطمأنينة .

(٣) وثمة حكم مماثل للحكم السابق من نفس المحكمة (١) : فقد رفض التصريح لطبيب ببناء مصحة بحجة أن الشارع الذي تقع فيه لا يحتمل ماسوف ينشأ عنها من ضغط المرور ؛ وبذلك كان القرار باطلا باعتباره قرارا لبوليس المباني . ولبكن المحكمة استبقته باعتباره قرارا متعلقا بأمن المرور ثم ألغته لعدم ملائمة الوسيلة : فلا شك أن ضغط المرور يمكن أن يصالج بوسائل أخرى غير منع إقامة المصحة .

(٤) وفي الحالة التالية رفضت المحكمة تطبيق التحول على عكس رغبة الإدارة (٢) : فقد أقيم في كنيسة كاثوليكية لم تكن تستعمل للأغراض الدينية عرض سينمائي رغم أن المقبرة المحيطة بالكنيسة كانت لا تزال في حالة استعمال ؛ فلما أزيلت غيوب البناء الخطيرة واتضح قصد إعادة استعمال المبنى للعرض ، أصدر العمدة بناء على أمر مدير الإقليم ، أمرا جديدا بالمنع ولكن بناء على أسباب دينية ، ثم ذهب إلى أبعد من ذلك ، فعلق استعمال المبنى في الأغراض الدينية على شروط متعلقة بأمن البناء . وقرار المنع لأسباب دينية باطل ، وقد كان مدير الإقليم يريد حثا استبقاه من وجهة نظر أمن المباني عند العلم بالطلاق . ولكن موافقة قرار بوليس المباني لقرار الدين الباطل المصحوب بتكليف بنائي ، إنما تحقق من حيث الشكل فقط دون المضمون .

(٥) وبما يهنا في هذا الضدد الحكم الصادر في ١٩١٢/٦/٢٢ في الدعوى التالية (٣) : أقام رئيس الحكومة المحلية المنازعة الإدارية لصالح قيس كان أحد

(١) Pr. O. V. G. 61/375

(٢) Pr. O. V. G. 61/134

(٣) Pr. O. V. G. 63/450

المدرسين قد رفع عليه دعوى القذف الجنائية ، إذ أن هذا المدرس كان قد أصبح أباً غير شرعي لحذر القسيس زملاءه من التعامل معه . فرأت المحكمة أن هذه التحذيرات تقوم على أسباب روحية ولا يجوز رفع المنازعة الإدارية لصالح رجل دين . ولكن القسيس كان في قصص الوقت مفتشاً للدارس المحلية ويمكن اعتبار تحذيره القائم على أسباب روحية بمثابة أوامر رئاسية ؛ ونتيجة لذلك فقد استلقت المحكمة المنازعة المرفوعة لصالح القسيس ولكن باعتبارها مرفوعة لصالح موظف .

(٦) وفيما يلي حكم آخر لنفس المحكمة متعلق بالقانون البلدي (١) : فقد طلب مدرس أعزب من البلدية أن تدفع له فارق أجرة سكنه كاملاً ، لأنه اتخذ له سكناً عائلياً خاصاً . فلما رفضت البلدية ، تظلم المدرس إلى الحكومة المحلية ، التي كلفت البلدية بناء على هذا التظلم ، بقرار مالي ملزم في ١٩١١/٤/٨ أن تدفع له فارق الأجرة كاملاً اعتباراً من ١٩٠٨/٨/٢٠ . وهذا القرار باطل ، لأن القرار المحدد للدين الذي يقوم عليه الأمر المالي الملزم ، لا يمكن أن يتضمن إلزاماً بدفع مبالغ متعلقة بالوظيفة المدد تقع في الماضي . ولكن يجوز على عكس ذلك ، إجبار البلدية على الوفاء بالالتزام قانوني عن الماضي إذا كان قد قام وتحدد فعلاً وقت التقرير . ولما كان القرار المالي الملزم يوافق مثل هذا التكليف المقرر ، وكانت الحكومة تريد لو علنت يطلان قرارها الأول ، فقد أحملت المحكمة التحول ورفضت دعوى البلدية .

(٧) وثمة حكم حديث أصدرته المحكمة الإدارية العليا في Hesse-V.G.H. في ١٩٤٩/١١/١٨ (٢) قضى بتحويل إعلان تنبيه وجهته الإدارة لموظف بإنهاء خدمته طبقاً لقانون التوظيف في هسن ، باعتباره سبباً لتعيينه طبقاً لقانون موظفي البوليس الاتحادى .

(٨) وأخيراً فالقائم في قضاء مجلس الدولة المصرى أن حامل المؤهل العالى الذى عين بعد صدور قواعد الإنصاف فى درجة أقل من السادسة (قبل تصاد

Pr. O. V. G. 61/47. (١)

Hess. V. G. H. Dtsch. Ver. Bl. 1950. S. 348 (٢) وتطبيق

W. Jellinek عليه . وفارن كذلك W. Jellinek فى Verw. R. ملحق سنة ١٩٥٠ من ٢٠ على ص ٢٦٥ من الأصل .

القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١) يعتبر في هذه الدرجة من بدء التعمين . وتحليل ذلك من الوجهة الفنية ، أن هذا القضاء قد استقر على أن قواعد الإنصاف لم تكن قاصرة على تسوية حل من كانوا في الخدمة عند صدورهما ، وإنما هي وضعت قاعدة ملزمة تسرى كذلك على كل من يعين بعدها ، مقتضاها أنه لا يجوز تعيين حامل المؤهل العالي في درجة أقل من السادسة . والمنطق القنى يقضى بأنه إذا عين رغم ذلك حامل مؤهل عال في درجة أقل من السادسة أن يكون هذا التعمين باطلا ، مما يستتبع اعتبار علاقة الوظيفة كأن لم تتم إطلاقا . وقد قدرت المحكمة دون شك ما قد يترتب على ذلك من آثار خطيرة بالنسبة للوظف الذى قد يكون في حاجة ماسة إلى مرتبه وبالنسبة للإدارة التى تجد نفسها ملزمة بإبعاد عدد كبير من عمالها ؛ فاستقر هذا القضاء على أن حامل المؤهل العالي يعتبر في هذه الحالة معينا في الدرجة السادسة منذ بدء التعمين . وفى ذلك لإعمال واضح التحول وإن لم تصرح المحكمة باستعمال هذا التمييز .

١٥ - بل وثمة أحوال يتحول فيها القرار الإدارى الباطل إلى عقد من عقود القانون المدنى :

- ١ - فشلا التكليف بالضريبة ولو أنه قرار إدارى يلزم من يصيبه بدفع الضريبة سواء أراد أم لم يرد ، ولهذا فلا يمكن تصور تحوله إلى عقد خاص إطلاقا ؛ إلا أن مثل هذا الفرض لا يمتنع . ونقدم له المثل التالى المأخوذ عن Pappenheim (من ٤٨) : فلو اتفقت بلدية مع مليونير يقيم فى دائرتها على أن يخضع للضريبة فى حدود قدر معين من دخله فقط ، وذلك بقصد إستبقائه فى إقليمها باعتباره مكلفا ماليا ، فقرار الضريبة الصادر بناء على هذا الاتفاق يكون باطلا لأن قوانين الضريبة لا يمكن تعديلها باتفاقات خاصة . ولكن لو كان الطرفان قد علما بالاطلاق ، فيمكن دون تردد افتراض أنهما اتفقا على أن تدفع البلدية للمليونير مبلغا يعادل الفرق بين الضريبة القانونية والحد الأقصى المتفق عليه ، باعتباره تعويضا تعاقديا مدنيا فى مقابل ما يعود على البلدية من مزايا من بقاءه فى إقليمها . فإذا اقترن هذا الاتفاق الخاص بتكليف ضريبي صحيح موافق للقرار الباطل ، فلن يقوم اعتراض فى طريق التحول .
- ٢ - وقد حكمت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا (١) باستبقاء الوفاء المقدم

بالالتزام بتكاليف بناء الطرق باعتباره كفالة خاصة ، رغم أن الوفاء قد تم بناء على لائحة محلية ، أى نص من نصوص القانون العام . ولم تعرض المحكمة لما تحققت منه محكمة أول درجة من وجود كفالة ، باعتبار ذلك مسألة واقع لا تدخل في اختصاصها باعتبارها محكمة قانون .
بل ويمكن كذلك أن يتحول العقد أو التصرف القانوني الخاص إلى قرار إداري .

(١) فقد حكمت بذلك المحكمة الإدارية العليا لبروسيا (١) في الدعوى التالية: فلا يمكن أن يعمل مدرسا في المدارس الصناعية العامة إلا من كان موظفاً ، فعينت مدرسة كيل Kiehl للصناعات اليدوية نجاراً قنياً مدرسا بها بمقتضى عقد عمل خاص ، وأوضحت صراحة قصدها في العقد من « ألا يكون له أى حق من حقوق الموظفين » . وبذلك كان العقد باطلاً لمخالفته نصاً من نصوص القانون العام الملزمة في اتفاق خاص . ولما كان يجب اقراض أن كلا من مدينة كيل والمدعى كانا قد يريدان عند العلم ببطلان عقد العمل أن يتم تعيين المدعى موظفاً ، لهذا قررت المحكمة بعد إلغاء حكم أول درجة أن النجار أصبح موظفاً .

(٢) وقد استقبلت المحكمة العليا الدولة RG. (٢) في حكمها الصادر في ١٩٠٨/١٢/٤ ، مع تطبيق صريح للادة ١٤٠ مدنى ، تنازلاً باطلاً عن ملكية أراضي دايير الناحية إلى البلدية لإنشاء شوارع ، باعتباره إنشاء لإرتفاق عام ، وكان التنازل باطلاً لعيب شكلى . « فلو علم العارقان ببطلان التنازل عن الملكية ، لسكان يمكن أن ثبت لدهما إرادة أن ينشأ عن العقد التزام المدعية أن تحمل أرضها بإرتفاق مقتضاه أن تستخدم في إنشاء الطرق . يؤكد ذلك أنه قد صرف النظر مؤقتاً عن نقل الملكية ورغم ذلك فقد قدمت الأرض لبناء الطرق . وتحمل العقار بإرتفاق عام عمل غير مقيد بالشكل » .

(٣) كذلك إذا عينت بلدية بمقتضى عقد عمل خاص أحد الأشخاص مديراً لمينائها ، ثم زودته بسلطات عامة ، رغم أنه لا يجوز أن تثبت هذه السلطات إلا لموظف ، مثلاً بأن خولته سلطات الأمن اللازمة في الميناء ، فإن عقد العمل يكون باطلاً ، ولكن المحاكم كان عليها أن تختار بين البطلان والتحول فأعتمدت

· Pr. O. V. G. 62/502. (١)

· D. J. Z. 1909/320 (٢)

التحول وقررت أن الملائم بالعمل يكون قد أصبح موطئاً (١).

١٧ - وأخيراً نشة نوع من إعلان الإرادة الفردية ، التي تصدر عن الفرد نفسه لا عن الإدارة ، وبذلك لا تعتبر قراراً إدارياً ، ولكنها توجه إلى الإدارة طالبة منها اتخاذ عمل إداري وقد يصدر بناء عليها قرار إداري . ولهذا فهي تسمى القانون العام من هذه الناحية ، وهذه تخضع بلا شك للتحويل عند توافر شروطه .

فقد حكمت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا (٢) بذلك في الدعوى التالية :
فلا اعتراض على الضريبة طبقاً للقانون البروسي المنصب لا إلى أساس تقديرها وإنما إلى مقدارها فقط يكون باطلاً إذا لم يبين القدر الذي يجب أن يخفص إليه ، أى لم يبين القدر المتنازع فيه . وقد استبقت المحكمة باعتباره اعتراضاً على ربط الضريبة بأكمله ، إذ لو علم الملائم أنه يتعين عليه أن يبين المبلغ الذي يتنازع فيه ، فإنه عند عدم قدرته على تحديده بنفسه ، كان بلا شك يتنازع في الربط بأكمله .

١٨ - خامساً : التفرقة بين التحول والنظم المقاربة .

أولاً - أما التفرقة بين التحول والإيقاص فيحكمها نفس الضابط الذي وضعناه فيما سبق ، ولا خلاف على الأخذ ببدأ البطلان الجزئي في القانون الإداري (٣) .

ومن أمثلة الإيقاص حكم المحكمة الإدارية العليا لبادن (٤) Bad. O. V. G. في الدعوى التالية : فقد تضمن قرار البوليس الباطل بإنشاء سلخانة جديدة النهي عن استعمال السلخانة القديمة في حالتها القائمة . ولما كان القرار باطلاً فيما يتعلق بالأمر ببناء سلخانة جديدة فقد استبقت المحكمة بعد إبطالها هذا الجزء ، فيما تضمنته من النهي عن استعمال السلخانة القديمة . وليس ممة تحول هنا ، لأنه لا خلاف بين القراوين الباطل والجديد ، وإنما القرار نفسه يتضمن جزئين ، من أجل الأغراض الصحية

(١) Pr. O. V. G. 62/59 : 74/272 ، R. G. Z. 125/420
Hd. b. D. St. R. II. S. 22. في W. Jellinek R. G. JW. 1929/338
وفارن بـلنك سنة ١٩٣١ ، ١٩٤٨ ، وملحق سنة ١٩٥٠ .

Pr. O. V. G. 64/65. (٢)

(٣) راجع ما سبق بالرسالة في هذا الشأن . وفارن Porsthoff في كتابه القسم العام من القانون الإداري Allg. Teil d. Verw. R. من ٢٠٦ و ١١٦ .
(٤) Bad. V. G. H. Teil III Nr. 418. S. 232. (٤)

لا يجوز استعمال السلخانة القديمة ، وهذا ما أبقته المحكمة ، ثم حذفت الجزء الباطل . ولهذا يتعين إقامة سلخانة جديدة . فهي إذن حالة بطلان جزئى ، أبطلت فيها المحكمة الجزء المعيب من القرار وأبقت الجزء السليم .
ومن أمثله كذلك أن تتضمن لائحة بوليس عقوبة تجاوز الحد الأقصى الجائز قانونا (قانون م ٣٩٥ عقوبات مصرى) ، فذلك لا يؤدي إلى بطلان اللائحة بأكملها وإنما يبطل فقط النص المقرر للعقوبة فيما جاوز الحد الجائز قانونا ، وتخفص العقوبة إلى هذا الحد فقط (١) .

ثانياً :

١٩ — أما الذى يحتاج إلى بيان خاص فهو التصحيح اللاحق للقرار الإدارى عن طريق تغيير السبب . وذلك بأن تقدم جهة الإدارة إلى المحكمة سبباً جديداً للقرار غير ذلك الذى استند إليه القرار فى صدوره وكان يؤدي إلى بطلانه . فكثيراً ما تخلط هذه الحالة في بعض الفقه بالتحويل رغم أنه لاصلة بينهما . إذ الذى يصح في هذه الحالة هو القرار المعيب نفسه وليس قراراً آخر ، وإنما من وجهة نظر أخرى غير تلك التى أدت إلى بطلانه (٢) .

ومن الأمثلة التى كان يمكن أن يوجد فيها مجال للتصحيح اللاحق حكم المحكمة الإدارية العليا لسكونيا السابق الإشارة إليه بشأن قرار إزالة كوم السباح :
فلو تقدمت الإدارة إلى المحكمة لتقول أنها قصدت بقرارها في الحقيقة ، ليس مجرد مكافحة تلوث الماء الباطنى فقط ، بل وكذلك منع استخدامه مباءة للحشرات . فإن إدخال هذا السبب الجديد ، قد يكون مصححاً للقرار بعد أن تبين بطلان سببه الأول إذا توافرت شروط التصحيح اللاحق .

وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا لروسيا الصادر في ١١/٩/١٨٨٦ (٣) :
فقد أصدرت إدارة بوليس شيتين Stetin أمراً إلى بلديتها بالامتناع عن قطع الأشجار المفروسة على جوانب الطريق لأسباب صحية وتجميلية ، وبذلك كان القرار باطلاً . فتقدم البوليس إلى المحكمة ليقول أن ذلك لم يكن هدفه الوحيد بمنع قطع الأشجار ، إذ أنه كان يستهدف كذلك حماية أمن مرور المشاة ، لأن الأشجار

(١) Rogge م ٢٦ ، Arnestedt ج ١ م ٣٩٨ ، Rosin م ١٨٢ .

(٢) Hatschek في Institutionen م ١٣١ ، v. Turegg م ٢٢٤ ، ٢٠٧ .

قارن في ذلك W. Jellinek م ٢٦٤ وما بعدها .

Pr. O. V. G. 8/23. (٣)

نعتبر بطبيعتها حاجزا فاصلا بين طريق مرور المشاة وطريق مرور العربات .
ولما تحقق للمحكمة صحة هذا السبب الجديد ، رفضت دعوى البلدية ، وأبقت على
القرار بعد تصحيح سببه .

ويكون التصحيح اللاحق بتغيير السبب جائزا ، إلا إذا كانت الواقعة التي
صدر القرار الباطل بشأنها قد وقعت واكتملت في الماضي ، ولم تكن جهة الإدارة
للتصحيح ؛ بعد إبطال قرارها الأول أن تعود لمواجهتها من جديد بعد تصحيح
سبب القرار ؛ فثلا لو أصدرت الإدارة قراراً بمنع اجتماع ما بحجة المحافظة
على الأمن لا ينشأ عنه من مظاهرات واضطرابات ، فإذا أبطلت المحكمة القرار
لعدم صحة السبب ، فلا تستطيع الإدارة أن تقدم ، بعد مضي عام على الوقت الذي
كان محمداً للاجتماع ، بسبب جديد ؛ لنقول أنها منعت الاجتماع لأن سلم المنزل
الذي كان يقع فيه كان ضيقا وضعيفا ولا يحتمل هذه الصورة من الاستعمال .
فكنة السلم هذه ان تنفذ القرار من البطلان . على أن التصحيح بإدخال السبب
الجديد لا يجوز أن تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن تتمسك به
جهة الإدارة ، لأن نطاقه لا يكون إلا في مجال السلطة التقديرية ، وفي هذا المجال
لا تستطيع المحكمة أن تحل نفسها محل الإدارة (١) . وبمثل ذلك حكمت المحكمة
الإدارية العليا لبروسيا في الحكم الصادر في ١٩١٦/١١/٩ (٢) : فقد كان في وسط
الطريق حجر كبير ، فأمر البوليس بإزالته لأن الطريق طريق عام . فلم تقرر
المحكمة ذلك لأن الطريق طريق خاص ، ويكون للبوليس أن يطلب إزالة الحجر
من طريق خاص إذا كان يستعمل فعلا في المرور العام ، ولكن المحكمة رغم هذا
النظر أبطلت القرار لأنه صدر بمقتضى بوليس الطرق وليس بمقتضى بوليس
الطمانينة لحاية الحياة والصحة .

ولنفس السبب كان حكم المحكمة الإدارية العليا لسكسونيا خاطئا إذ أجمرت
التصحيح اللاحق من تلقاء نفسها دون أن تدخل البوليس ليقدم السبب الجديد .
وكذلك رفضت المحكمة الإدارية العليا لبروسيا التصحيح بإدخال السبب الجديد

(١) عكس ذلك Friedrich في Pr. Verw. Bl. Bd. 45 (١٩٢٤) س ٤٠٦ .
وبهاجه بشدة W. Jellinek في كتابه في القانون الإداري س ٢٦٤ وفي Gesetz-
anwendung س ٣١٠ وما بعدها .

(٢) pr. O. V. G. 72/307 ومثل ذلك حكما الصادر في ١٩٠٣/١/١٠
في 42/891 .

في الدعوى التالية^(١). فقد أصدر البوليس قرارا بنقل جثة إلى قاعة عرض الجثث الجنائية « للأمن والتحقق من سبب الوفاة ». ونتيجة لذلك فإن المصاريف تتحملها الدولة . فلم تقبل المحكمة أن يعود البوليس ويتمسك بأن غرضه كان الوقاية من انتشار العدوى حتى تتحمل البلدية المصاريف ، لأن الواقعة متى تمت واكتملت لا يقبل من الإدارة أن تتقدم بسبب جديد ، كان بعيداً عنها عند إصدار القرار .

فالتحول يفتقر عن التصحيح اللاحق بإدخال سبب جديد ، في أنه في التحول يصح القرار الجديد الذي يوافق القرار الباطل عناصره دون إدخال أى واقعة جديدة في الاعتبار ، بعكس التصحيح اللاحق بإدخال السبب الجديد ؛ ومن ناحية أخرى فإنه في التحول يكون القرار الجديد قراراً آخر غير القرار الباطل ، بينما في التصحيح اللاحق يصح القرار هو نفسه ولكن مع إدخال سبب جديد عليه . أما السبب الحقيقي لإجازة التصحيح اللاحق مع إدخال السبب الجديد ، فهو أن الإدارة تستطيع بعد إبطال القرار أن تعود فتصدره سليماً مستنداً إلى سبب جديد صحيح ؛ لهذا يكون من الاقتصاد القانوني توفير هذه العملية وإقرار هذا النوع من التصحيح .

سادساً : خلاصة

٢٦ — أخيراً فإن الحاجة إلى التحول في القانون العام إن لم تكن أشد منها إليه في القانون الخاص فهي لا تقل عنها ، ولا يحتاج بعدم وجود نص مماثل للبادئين ١٤٠ مذي ١٤٤ و ١٤٤ مذي مصري ؛ فتحن في مجال لا نصوص فيه فلا يقبل الاحتجاج بعدم وجود النص . وضمان سلامة إجراء التحول دون مساس بمصالح الإدارة أو ذوى الشأن هو التحقق من توافر شروطه ، ففيها الضمان الكافي لأدائه وظيفته .

وبعد فالتحول سواء في القانون العام أو في القانون الخاص هو في الحقيقة تطبيق لمبدأ القائية teleologisme وهو المبدأ الذي يتعين على أساسه إعادة النظر في علم القانون .

المراجع

أولا : مراجع خاصة بالتحويل : (في ترتيب تاريخي)

- Römer (Robert) : Konversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besonderen Anwendung auf das Wechselversprechen : Arch. Zivil. Praxis Bd : 36 (1853) S. 66—94.
- Weisengrün (N. Leo) : Der Begriff der sog. Konversion der Rechtsgeschäfte : Diss. Berlin 1886.
- Satta (Giuseppe) : La conversione dei negozi giuridici : Diss. Milano 1903.
- Voss (Hiorich August) : Die konversion des Rechtsgeschäfts : BGB. § 140. Diss. Rostock 1905.
- Rutenbeck (Ernst) : Der Gegensatz der sog. Konversion zur Bestätigung nicht gültiger Rechtsgeschäfte nach gemeinem Recht u. BGB. Diss. Erlangen 1907.
- Perrin : La conversion par réduction : Diss. Dijon 1911.
- Fischer (Otto) : Konversion Unwirksamer Rechtsgeschäfte : in Festschrift f. Adolf Wach 1913 Leipzig.
- Michaelis : Besprechung von Fischers Abhandlung in Gruchot Beiträgen Bd. 59 (1915) S. 566.
- Manigk (Alfred) : Besprechung von Fischers Abhandlung : Arch. f. Rechts - u. Wirtschaftsphilosophie. Bd : 8 (1915) S. 529.
- Bichmann (Herbert) : Umdeutung und Umwandlung (Konversion) beim Testament. Diss. Marburg a. L. 1925.
- Philipp : Zur Umdeutung ungültiger Wechselversprechen ; J W. 1927 S. 2973 ff.
- Pappenheim (Walther) : Die Konversion fehlerhafter Staatsakte. Ein Beitrag zum "Allgemeinen Teil des "Öffentlichen Rechts". In Fischers Zeitschrift f. Verwaltungsrecht Bd. 60 (1927) S. 1—68.
- Rogge (Heinrich) : Die Konversion fehlerhafter Verwaltungsakte. Diss. Greifswald. 1928.

Küntzel (Ernst) : Das Anwendungsgebiet des § 140 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Konversion angefochtener Rechtsgeschäfte. Diss. Göttingen 1929.

Behnes (Clemens) : Die Umdeutung der Goldmünzklauseln in Goldwertklauseln. Diss. Göttingen 1929.

Finger (Hans-Joachim) : Die Umgestaltung nichtiger Rechtsgeschäfte. § 140. Diss. Berlin. 1932.

Wiechell (Heinrich) : Konversion und Willensmoment. Diss. Rostock 1933.

Schönwetter (Hans) : Die erhaltende Umdeutung gemäss § 140 BGB. in der neuen Rechtsprechung. Diss. Marburg. 1934.

Weil (ELLY) : Konversion von Rechtsgeschäften. Diss. Zürich. 1914.

Siller (Robert) : Die Konversion (§ 140 BGB.) Z. A. P. Bd. 138 (1934) S. 144 ff.

الدكتور حلمي بهجت بدوي : آثار البطلان : التحول والإلتاق : مقال في القانون والإقتصاد السنة الثالثة سنة ١٩٣٣ .

Bodda : La conversione degli atti amministrative illegittimi. Diss. Milano 1935.

Mosco (Luigi) : La conversione del negozio giuridico Napoli. 1947.

V. Brasch (Victor) : Die Konversion vom Standpunkt der Begriffs- und Interessenjurisprudenz aus. Diss. Münster 1949.

ثانياً : مراجع عامة (١) قبل مجموعة القانون المدني الألماني

Brian : Pandekten 2. Aufl. 1879.

Dernburg : Pandekten 7. Aufl. Berlin 1902.

Eneccerus : Rechtsgeschäfte, 1889.

Glück : Pandekten 1851.

Hasenöhrl : Das Österreichische Obligationen-recht, Bd. I. Wien 1892.

Hölder : Pandekten 1891.

Pachta : I. Pandekten. 12. Aufl. 1877.

2. Vorlesungen über das heutige römische Recht. 6. Aufl. 1874.

- Pernice** : Marcus Antistius Labeo. Halle, 1873.
- Regelsberger** : Pandekten. Bd. 1. 1893.
- Seuffert** : praktisches Pandektenrecht. 1860.
- v. Savigny** : System des heutigen römischen Rechts. 1840—1849.
- Thibaut** : System des Pandektenrechts. 1853.
- Thöl** : Handels- und Wechselrecht, 6. Aufl. 1880.
- Unger** : 1. System des österreichischen Zivilrechts. 5. Aufl. 1892.
2. Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Leipzig, 1857.
- v. Wächter** : 1. Pandekten 1830.
2. Handbuch des württembergischen Privatrechts 1831.
- Windscheid** : 1. Wille und Willenserklärung. Leipzig. 1878.
2. Pandekten (herausgegeben v. Kipp). 6 Aufl. 1906.
- Zitzelmann** : Irrtum und Rechtsgeschäft 1879.

۲ — بعد مجموعة القانون المدني الآتاني

- Bernstein** : Ansprüche aus formungültigem Wechsel. JW. 1927
3. 1347 ff.
- Betti** : Teoria generale del negozio giuridico, unione tipografico-
Editrice Torinese. Torino. 1952.
- Biermann** : Bürgerliches Recht : Bd. I. 1908.
- Crome** : System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I 1900.
- Cosack (Konrad)** : Lehrbuch des deutschen bürgerlichen
Rechts 6. Aufl. Jena 1913.
- Code Civil allemand** : Traduction officiel faite par la ministère
de la justice. Paris 1904.
- Danz** : Auslegung der Rechtsgeschäfte 3. Aufl 1911.
- Dernburg** : Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und
Preussen. 3. Aufl. 1906.
- Endemann** : Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1903.
- Enneccerus, Kipp, Wolff and Nipperdey** : Lehrbuch des bürgerl.
Rechts Bd. I. Allgemeiner Teil. 13 Aufl. 1931, 14 Aufl. 1952.

- Hölder : Kommentar zum allg. Teil des BGB. 1900.
- Fischer (Otto) und Henle : Kommentar zum BGB. 12. Aufl. 1923.
- Lehmann (Heinrich) : Allg. Teil des BGB. 7. Aufl. 1952.
- Leonhard (Rudolf) : Der allg. Teil des BGB.
- Manigk : Willenserklärung und Willensmoment.
- Mogdan : Gesamte Materialien zum BGB.
- Neumann : Handausgabe des BGB Bd. I 6. Aufl. 1912.
- Nolden (Wilhelm) : Der Grundsatz der Restgültigkeit, Diss. Köln 1939.
- Oertmann : Kommentar. Bd. I. 3. Aufl. 1927.
- Planck : Kommentar. Bd. I. 4. Aufl. 1913.
- Reichsgerichtsräte Kommentar : Jetzt herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs. 1952.
- Saleilles (Raymond) : 1. De la [déclaration de volonté : Etude de L'acte Juridique dans le code civil allemand (Art. 116—144) Paris. 1901.
2. Etude sur la theorie generale de l'obligation d'après le premier Projet de code civil allemand. Paris 1904.
3. édition avec une préface de capitant, Paris 1928.
- Staudinger : Kommentar Bd. I. 1931.
- v. Tuhr (Andreas) : 1. Der Allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1910 — 1918.
2. Das schweizerische Obligationenrecht.
- Volkmann : Itum und Reurecht.
- Warneyer : Kommentar 1923.
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (jetzt des Bundesgerichtshofs).
- Seuffert : Archiv für Entscheidungen.
- Warneyer : Archiv für Entscheidungen.
- Juristische Wochenschrift (J. W.) jetzt, neue J. W.
- Collin et Capitant : Traité élémentaire du droit civil français. révisé par Julliot de la Morandière Paris 1951.

الدكتور عبد الرزاق أحمد الشهوري : ١ — نظرية العقد — سنة ١٩٣٤ .

٢ — موجز الالتزامات . سنة ١٩٣٨ .

٣ — الوسيط في مصادر الالتزام . سنة ١٩٥٢ .

الدكتور خليل شعامة : ١ — نظرية الالتزام سنة ١٩٤٢ بالفرنسية .

٢ — نظرية التأمينات العينية سنة ١٩٥٢ .

مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني سنة ١٩٥٠ .

**Les travaux de la Commission pour la préparation d'un nouveau
code civil français, sous la présidence de M. Julliot de la
Morandière : 1945—1955. 10. Tome.**

الفهرس

الموضوع	الصفحة
الإهداء	٣
تقرير عن الرسالة	٨
تصدير الترجمة	١
تمهيد في تاريخ القانون الألماني	٥

تمهيد

١ — تمهيد عام : وضع المشكلة	٣٥
٢ — اصطلاح التحول	٣٧

الجزء الأول

التطور التاريخي لفكرة التحول	٣٩
٣ — في القانون الروماني	٤٠
٤ — في فقه المصور الوسطى	٦١
٥ — في فقه الشريعة العامة	٦٢
٦ — تقنين التحول	٧٤
أولا : قبل مجموعة القانون المدني الألماني	٧٤
ثانيا : مجموعة القانون المدني الألماني	٧٧
ثالثا : بعد مجموعة القانون المدني الألماني	٨٢

الجزء الثاني

أركان التحول	٩٢
الباب الأول : تصرف باطل	٩٢
٧ — فكرة التصرف القانوني	٩٣
٨ — فكرة البطلان	١٠٣

الموضوع	الصفحة
أولا : التصرف الباطل	١٠٧
ثانيا : التصرف الموقوف	١١٣
ثالثا : التصرف القابل للإبطال	١٢٢
رابعا : التصرف غير الصحيح نسبيا	١٣٣
الباب الثاني : الشروط الموضوعية للتحويل	
٩ - تصرف آخر	١٣٦
١٠ - تغيير المضمون	١٤٧
١١ - التوافق	١٥٢
١٢ - العناصر	١٥٦
١٣ - ضابط التوافق	١٦٠
١٤ - حالة الأثر الأقل والأثر الأكبر	١٦٥
أولا : الأثر الأقل	١٦٥
ثانيا : الأثر الأكبر	١٦٧
١٥ - عنصر الشكل	١٦٨
١٦ - التحول مع تغير الشخص	١٧٣
١٧ - صحة التصرف الجديد	١٧٦
الباب الثالث : الشروط الذاتية للتحويل	
١٨ - الإرادة الفرضية	١٨١
١٩ - عدم العلم بالبطان	١٨٧
٢٠ - وقت إعمال التحول	١٨٩
٢١ - التعرف على الإرادة غير الحقيقية	١٩٠
٢٢ - حالات يمتنع فيها التحول بسبب ركن الإرادة	٢٠٢
٢٣ - وضع الإرادة الفرضية طبقا لنظريتي الإرادة والإعلان	٢٠٥
الجزء الثالث	
٢٠٨ - آثار التحول	٢٠٨

الجزء الرابع

٢٥ - الباب الأول . حالات خاصة للتحويل	٢١٣
أولاً : التصرفات المعلقة على شرط	٢١٣
ثانياً : التصرفات المخالفة للقانون	٢١٥
ثالثاً : تحويل شروط الذهب إلى شرط قيمة الذهب	٢١٨
رابعاً : التصرفات المخالفة للأداب	٢١٩
خامساً : تحويل الإلتزام المجرد بمبالغ نقدية	٢٢٢
سادساً : التنظيم التشريعي للتحويل في حالات خاصة	٢٢٧
٢٦ - الباب الثاني : فصل التحويل عن النظم المقاربة	٢٢٩
أولاً : التحويل والتفسير	٢٢٩
ثانياً : التحويل والبطالان الجزئي	٢٣٤
٢٧ - خاتمة	٢٣٧

ملحق في تحويل القرار الإداري

أولاً : وضع المشكلة : تطبيق قواعد القانون المدني في القانون العام	٢٣٩
ثانياً : تطبيق التحويل في القانون العام	٢٤٠
ثالثاً : أركان التحويل في القانون العام	٢٤٥
القرار الباطل	٢٤٥
التوافق	٢٥٠
الإرادة الإفراضية	٢٥٤
رابعاً : أمثلة من الأحكام	٢٥٦
خامساً : الفقرة بين التحويل والنظم المقاربة	٢٦١
سادساً : خلاصة	٢٦٤
المراجع	٢٦٥
الفهرس	٢٧٠

Bibliotheca Alexandrina



0402707